DAS WESEN DER EHE

Die wechselnde Auffassung vom Wesen der Ehe im Wandel der Verfassungsepochen des 20. Jahrhunderts

INAUGURAL - DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
MICHAEL GORDON
Gerichtsreferendar
Berlin 1978

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544713_0002

DAS WESEN DER EHE

Die wechselnde Auffassung vom Wesen der Ehe im Wandel der Verfassungsepochen des 20. Jahrhunderts

INAUGURAL - DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei dem
Fachbereich Rechtwissenschaft
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
MICHAEL GORDON
Gerichtsreferendar
Berlin 1978

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erstgutachter: Professor Dr. iur. Schlüter

Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Willoweit

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juli 1978

MEINER MUTTER

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 2

Erster Teil

Das Wesen der Ehe - Die Auffassung der Verfasser des BGB

I. Die Entwicklung der Eherechtsbestimmungen - Vergleich von § 1353 BGB mit entsprechenden Regelungen in anderen Rechtskreisen 6

II. Das Wesen der Ehe in den Materialien zum BGB 12

1. § 1353 - Die eheliche Lebensgemeinschaft

2. §§ 1354 ff - Die Ehewirkungen 15

3. §§ 1333, 1334 - Der Begriff "Wesen der Ehe" im Gesetzestext 18

III. Kritische Betrachtung 19

1. Gesetzestext und Auffassung zu den §§ 1353 ff

a) Der Gesetzestext der §§ 1353 ff

b) Die Auffassung des Gesetzgebers zu den §§ 1353 ff 20

2. Der Einfluß von Industrialisierung und Frauenbewegung auf das Ehebild der Jahrhundertwende 21

3. Die eingeschränkte Gleichberechtigung der Frau in den §§ 1353 ff 25

IV. Die Verwendung unbestimmter generalklauselartiger Begriffe - Das Wesen der Ehe als rechtstheoretischer Begriff 27

1. Das Kryptoargument - Das Wesen der Ehe als Wesensargument 28

2. Die essentiellen Merkmale der Generalklauseln 30

a) Das Wertungsmoment 31

b) Der Einfluß außernormativer Werte 34

c) Die legislative Funktion 36

V. Zusammenfassung 38

Zweiter Teil

Das Eheverständnis im Kaiserreich 1900 - 1918

I. Zum neuen Bürgerlichen Gesetzbuch - Einleitung und zur weiteren Darstellung 40

II. Die Ehe und die Ehewirkungen, §§ 1353 ff 44

1. Zur allgemeinen Eheauffassung

2. Die Frage der Gleichberechtigung und die Stellung der Frau 47

3. Das Entscheidungsrecht des Mannes, § 1354 49

4. Die Mißbrauchsregelung des § 1353 II als Rechtfertigung 54

5. Das Namensrecht, § 1355 55

6. Der Definitionsversuch Seidlmayers 57

III. Die Eheanfechtung, § 1333 60

1. Inhalt der Norm

2. Das Problem der "persönlichen Eigenschaften"

a) Die Konfession als "persönliche Eigenschaft" 61

b) Die Bescholtenheit als "persönliche Eigenschaft" 62

3. Der absolute Anfechtungsgrund 65

4. Die verständige Würdigung des "Wesens der Ehe"

5. Das Verhältnis von sachlichem zu persönlichem Maßstab 68

IV. Der Scheidungsgrund der Zerrüttung der Ehe, § 1568 69

1. Inhalt und Bedeutung

2. Die drei Voraussetzungen des § 1568 71

a) Die Frage nach der Pflichtverletzung

b) Die Frage nach der Zerrüttung 72

c) Die Frage nach der Zumutbarkeit 74

V. Kritische Zusammenfassung 75

Dritter Teil

Das Eheverständnis in der Weimarer Republik 1918 - 1933

I. Die Weimarer Verfassung und die gesellschaftliche Neuorientierung 81

1. Die Weimarer Verfassung
2. Die Folgen des Krieges und die gesellschaftliche Neuorientierung 85

II. Das Wesen der Ehe in der Literatur und Rechtsprechung 90

1. Das Ehebild in der führenden Literatur und Rechtsprechung
   a) Die allgemeine Konstanz der Auffassungen
   b) Entwicklungen und Veränderungen 93
      aa) Zur Anfechtung der Ehe, § 1333
         (1) Die Bescholtenheit als sittlicher Fehler
         (2) Die Erzeugung von Kindern als Sinn der Ehe 96
      bb) Zum Konfessionswechsel als Scheidungsgrund, § 1568 98
2. Die Gleichberechtigung der Geschlechter und Art. 119 I 2 WRV 99
   a) Die Geltung von Art. 119 I 2 WRV
   b) Die Wirkung von Art. 119 I 2 WRV und Reformvorstellungen in der neueren Literatur 102
3. Zusammenfassung 109

III. Das Wesen der Ehe dargestellt an den Reformarbeiten zum Familienrecht 111

1. Allgemeine Entwicklung, Ziele, Gruppierungen
2. Die Eheauffassung der politischen Parteien 116
   a) Zentrumspartei
   b) Sozialdemokratische Partei 118
   c) Kommunistische Partei 120

d) Deutsche Demokratische Partei 120
e) Deutsche Volkspartei 122
3. Parteiinitiativen im Reichstag
4. Regierungsinitiativen 126
5. Außerparlamentarische Gesetzentwürfe 127
6. Zusammenfassung 128

IV. Kritische Zusammenfassung 129

Vierter Teil

Das Eheverständnis im Nationalsozialismus 1933 - 1945

I. Vorbemerkung 133

II. Verfassung und Nationalsozialismus - Die deutsche Diktatur 135

III. Die nationalsozialistische Rechtsanschauung 143

IV. Die gesetzliche Grundlage des nationalsozialistischen Eherechts 149
1. Die Regelung vor dem Ehegesetz 38, 1933 - 1938
2. Die Regelung des Ehegesetz 38, 1938 - 1945 151
3. Synoptische Gegenüberstellung der Normen 153

V. Die neue Auffassung vom Wesen der Ehe in der nationalsozialistischen Rechtsanschauung 155
1. Die offiziellen Äußerungen zum Wesen der Ehe
2. Die Äußerungen der rechtswissenschaftlichen Literatur 157
a) Begriffsbestimmungen und Aufgabe der Ehe
b) Bevölkerungspolitische Ziele und Rassenhygiene 162
c) Das Verhältnis der Geschlechter zueinander, die Frage der Gleichberechtigung 164
d) Neue Motive im ehelichen Anfechtungsrecht 169

VI. Zur persönlichen Situation des Richters in der nationalsozialistischen Zeit und zum vierten Senat des Reichsgerichts 175

1. Zur Situation des Richters

2. Der vierte Senat des Reichsgerichts 183

VII. Die höchstrichterliche Rechtsprechung im Nationalsozialismus 185

1. Die Rechtsprechung vor Erlaß des Ehegesetzes

a) Anfängliche Zurückhaltung gegenüber dem Nationalsozialismus 186

b) Zunehmender Einfluß nationalsozialistischen Gedankengutes 189

2. Die Rechtsprechung nach Erlaß des Ehegesetzes 191

a) Die Rechtsprechung zu § 37 EheG 192

aa) Inhalt der Norm

bb) Die richtige Würdigung des Wesens der Ehe 195

cc) Die Bedeutung des § 37 für Mischehen 197

dd) Der absolute Aufhebungsgrund 199

Stellungnahme 200

b) Die Rechtsprechung zu § 55 EheG 201

aa) Inhalt der Norm

Exkurs 203

bb) Die Auslegung des § 55 II EheG 205

(1) Die Auslegung des Begriffes "sittlich" 207

(2) Die "richtige" Würdigung des Wesens der Ehe 208

(3) Die Aspekte des Reichsgerichts für die Auflösung oder Aufrechterhaltung von Ehen 209

(a) Der Aspekt der neuen wertvollen Ehe (Kindersegen) 210

(b) Der Aspekt völkisch unerwünschter Ehen 211

(c) Der Aspekt der Legalisierung außerehelicher Beziehungen 212

(d) Der Aspekt des Alters der Ehegatten 213

(e) Der Aspekt des positiven Beitrags zur Ehe 214

(f) Der Aspekt volkswirtschaftlicher Belange 215

Stellungnahme 216

VIII. Zur Bedeutung der Generalklauseln im Nationalsozialismus und Zusammenfassung 218

Fünfter Teil

Die Entwicklungen in der Übergangszeit 1946 - 1950

I. Die Rechtslage nach dem 2. Weltkrieg vor der Gründung der Bundesrepublik 227

II. Das Ehegesetz 1946 (KRG Nr. 16) 228

III. Die Rechtsprechung zum § 48 EheG 46 in der Übergangszeit, 1946 - 1950 230

Sechster Teil

Die Entwicklung des Eheverständnisses in der Bundesrepublik bis zum 1. EheRG

I. Die Ehe in der Verfassung der Bundesrepublik - Art. 6 I GG 235

1. Die neue Verfassung

2. Ausgestaltende Merkmale des Art. 6 I GG 236

3. Die Ehe in der Verfassung 238

a) Die Bestimmung der Ehe in der Verfassung

b) Die Ehe als vorgegebene Institution

c) Lebensgemeinschaften ohne Eheschließung 239

d) Die äußere und innere Form der Ehe 239
e) Der Schutz der Ehe durch die Verfassung 240
4. Die überlieferte Form der Ehe

II. Das Wesen der Ehe im Recht der persönlichen Ehewirkungen 242
1. Die Entwicklung und Bedeutung der Gleichberechtigungsfrage 243
a) Die Situation von 1949 - 1953
b) Die Situation von 1953 - 1958 245
c) Das Gleichberechtigungsgesetz 247
d) Kritische Zusammenfassung 248
2. Synoptische Betrachtung einiger Regelungen des Rechts der persönlichen Ehewirkungen 251

III. Das Wesen der Ehe im ehelichen Anfechtungsrecht 252
1. Veränderungen
2. Die verständige Würdigung des Wesens der Ehe 253
3. Drei Beispiele zur Rechtspraxis des § 32 EheG 46 255
a) Beiwohnungsfähigkeit und Fruchtbarkeit des Ehegatten
b) Vorehelicher Geschlechtsverkehr 256
c) Die Rassen- und Religionszugehörigkeit 258
4. Synoptischer Vergleich 259

IV. Die Eheauffassung des BGH dargestellt am Beispiel des § 48 EheG 260
1. Zur legislativen Entwicklung des § 48 EheG
a) Zur Frage der Anwendbarkeit von § 48 EheG in der Rechtsordnung der Bundesrepublik
b) Synopse der Entwicklung des Gesetzestextes der Heimtrennungsklage 262
2. Die Interpretation zum Wesen der Ehe in § 48 a. F. EheG 264
a) Die Ehe als monogame Ehe
b) Die lebenslängliche und unauflösliche Ehe 266

Exkurs: Der Einfluß des kirchlichen Eherechts auf die Rechtsprechung des BGH 268

aa) Wesentliche Merkmale des katholischen Eherechts 269

bb) Wesentliche Merkmale des protestantischen Eherechts 271

cc) Kritische Stellungnahme 272

c) Die Ehe als engste menschliche Lebensgemeinschaft 274

d) Die Erzeugung und Erziehung von Kindern 276

3. Das Wesen der Ehe in der Rechtspraxis des § 48 II a. F. EheG 279

a) Die Beachtlichkeit des Widerspruchs in § 48 II a. F. EheG 280

aa) Die 1. Periode (bis 1954) 281

bb) Die 2. Periode (seit 1954) 285

b) Das Wesen der Ehe dargestellt an zwei Ausnahmen der BGH-Rechtsprechung 289

aa) Die faktische Ehe 290

(1) Die Notklerikalehen als faktische Ehen

(2) Die faktische Ehe in der Rechtspraxis des § 48 II a. F. EheG 293

bb) Die Fehlehe 297

4. Die Rechtsprechung des BGH zu § 48 II n. F. nach dem Familienrechtsänderungsgesetz 301

a) Probleme der Rechtsprechung durch die Neufassung

b) Motive der Bindung an die Ehe 307

V. Kritische Zusammenfassung 309

Zusammenfassung 312

Literaturverzeichnis

Achilles-Greiff	Bürgerliches Gesetzbuch, 19. Auflage, Berlin 1949
Aldag, Heinrich	Die Gleichheit vor dem Gesetze in der Reichsverfassung, Berlin 1925
Amtliche Begründung	Begründung zu dem Gesetz über die Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938, RGBl I, 807 in DJ 1938, 1102 ff
Anschütz, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reichs, Kommentar, 14. Aufl., Berlin 1933
Apelt, Willibalt	Geschichte der Weimarer Verfassung, München 1946
Arlf, Arno	Die Ehehindernisse des BGB in ihrer geschichtlichen Entwicklung und im Hinblick auf künftige Gestaltung, Diss. Jena 1935
Arndts, L. - v. Arnesberg, R.	Lehrbuch der Pandekten, 14. Auflage, Stuttgart 1889
Auert, Hermann	Die Eheauflösung im neuen deutschen Recht, Berlin 1936
ders.	Das neue großdeutsche Eherecht, 2. Auflage, Berlin 1938
Baumert, Gerhard	Deutsche Familien nach dem Kriege, Darmstadt 1954
Beitzke, Günther	Zum Ehegesetz v. 20.2.46, DRZ 1946, 136 f
ders.	Familienrecht, 2. Auflage, München 1948
ders.	Zu § 48 des Ehegesetzes, DRZ 1948, 199 f

Beitzke, Günther	Gleichheit von Mann und Frau, Die Grundrechte, Bd. II, Hrsg. Neumann-Nipperdey-Scheuner, 2. Auflage, Berlin 1968
ders.	Familienrecht, 18. Aufl., München 1976
Bellon, Käthe	Das Scheidungsrecht der DDR, Diss. Tübingen 1974
BGB-RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. III, 2. Auflage, Berlin 1913
-	Bd. III, 5. Aufl., Berlin 1923
-	Bd. IV, 7. Aufl., Berlin 1929, bearbeitet von Erler u. Sayn
-	Bd. IV, 3. Teil, 10./11. Aufl., Berlin 1968, bearbeitet von Wüstenberg und Scheffler
Bergmann, Walter	Die Scheidung sittlich nicht mehr gerechtfertigter Ehen (§ 55 des Ehegesetzes), DJ 1939, 376 ff
Binder, Julius	Der Deutsche Volksstaat, Recht und Staat, Bd. 110, Tübingen 1934
Bischoff, Kurt	Recht und Ethik im § 48 II 2 Ehegesetz 1946, Diss. Marburg 1963
Boberach, Heinz	Richterbriefe, Boppard a. Rh. 1975
Bockelmann, Paul	Richter und Gesetz, Rechtsprobleme in Staat und Kirche, Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952
Boden, Charlotte	Der Anspruch des Ehegatten auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nach deutschem Recht im Vergleich mit den neuen skandinavischen Ehegesetzen, Diss. Leipzig 1927
Boehmer, Gustav	Einführung in das Bürgerliche Recht, 2. Auflage, Tübingen 1965

Bollmann, Julius	Das Recht zur Verweigerung der ehelichen Lebensgemeinschaft in seinen Gründen und Folgen, Diss. Breslau 1928
Bommert, Liselotte	Gemeinschaftliche und persönliche Angelegenheiten der Ehegatten im persönlichen Eherecht, Diss. Heidelberg 1938
Born, Karl-Erich	Der wirtschaftliche und soziale Strukturwandel in Deutschland am Ende des 19. Jahrhunderts, Moderne deutsche Verfassungsgeschichte, Hrsg. E. W. Böckenförde, Köln 1972
Bosch, F. W.	Familienrechtsreform, Siegburg 1952
ders.	Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie, Siegburg 1954
ders.	Urteilsanmerkung zu VG Berlin, FamRZ 1955, 72
ders.	Ehescheidung gemäß § 48 EheG und mißbräuchliche Rechtsausübung, FamRZ 1962, 182 ff
ders.	Urteilsanmerkung zu OLG Nürnberg, FamRZ 1965, 381
ders.	Ehe und Familie in der Rechtsordnung, FamRZ 1966, 57 ff
ders.	Urteilsanmerkung zu OLG Nürnberg, FamRZ 1970, 248
Boschan	Nationalsozialistische Rassen- und Familiengesetzgebung, Berlin 1937
Bovensiepen, Otto R.	Die Reform des Ehescheidungsrechts, Diss. Köln 1935
Brach, Max	Die Anfechtung der Ehe wegen Irrtums und arglistiger Täuschung, Diss. Heidelberg 1910
Bracher, Karl D.	Einleitung und Stufen der Machtergreifung, in Bracher-Sauer-Schulz, Die nationalsozialistische Machtergreifung, 2. Aufl., Köln 1962

Bracher, Karl D.	Die deutsche Diktatur, 2. Auflage, Köln 1967
Breslauer, Walter	Zwingende Normen im Recht der deutschen bürgerlichen Ehe, Diss. Göttingen 1914
Breustedt, Horst	Der § 55 des Ehegesetzes vom 6.7.38, Diss. Gießen 1940
Brockhaus Enzyklopädie	17. Auflage, Bd. 5, Wiesbaden 1968
Broszat, Martin	Der Staat Hitlers, Lausanne 1969
Brünneck, Alexander von	Die Justiz im deutschen Faschismus, KJ 1970, 21 ff
Bruns, Rudolf	Zur Auslegung des § 48 des Ehegesetzes 1946, SJZ 1947, 652
ders.	Urteilsanmerkung zu OGHZ, SJZ 1948, 70
Bulling, Carl	Die deutsche Frau und das bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1896
Class, Wilhelm	Generalklauseln im Strafrecht, Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geb., Göttingen 1961
Cohn, Charlotte	Gleichberechtigung der Geschlechter im künftigen Elternrecht, Hamburg 1932
Coing, Helmut	Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950
Cosack, Konrad	Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 6. Auflage, Jena 1913
Cosack-Mitteis	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 7.u.8. Aufl., Jena 1913
Crome, Carl	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. IV, Tübingen 1908
Danielcik, Hans P.	Die Scheidungsklage nach § 55 des Ehegesetzes, JW 1938, 2866

Daut, Christian-Heinz	Untersuchungen über den Einfluß nationalsozialistischer Anschauungen auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen bei der Anwendung einiger nationalsozialistischer Gesetze, Diss. Göttingen 1965
Davidson, Curt	Das Recht der Ehescheidung nach dem BGB, Berlin 1900
Deeg, Peter	Die Judengesetze Großdeutschlands, Nürnberg 1939
Dehottay, Peter	Das Recht der Ehescheidung, Diss. Köln 1939
Delbrück, Helmuth	Aus der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen, MDR 1948, 393
Denkschrift	zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 5. unveränderte Auflage, Berlin 1896
Dernburg, Heinrich	Deutsches Familienrecht, 2. Auflage, Halle 1903
Dierich, Wolfgang	Begriffsbestimmungen in den Landesgesetzen des 18. und 19. Jahrhunderts und im BGB, Diss. Jena 1936
Dölle, Hans	Urteilsanmerkung zu OGHZ in DRZ 1948, 439 f
ders.	Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Gegenwart, Festrede in Fünfzigjahrfeier des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht und Staat, Bd. 152, Tübingen 1950
ders.	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, JZ 1953, 353 ff
ders.	Familienrecht, Bd. I, Karlsruhe 1964
ders.	Absurdes Recht? Festschrift Nipperdey, Bd. I, München 1965

Dokumente der deutschen Politik	Hrsg. Paul Meier-Benneckenstein, Berlin 1940, Bd. III, Reihe: Das Reich Adolf Hitlers
Dreßler	Halbjährige Erfahrungen mit § 55 des Ehegesetzes, DJ 1939, 380 ff
Dronke, Ernst	Gutachten: Inwieweit bedürfen die familienrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs mit Rücksicht auf den die Gleichberechtigung der Geschlechter aussprechenden Art. 119 I 2 RVerf einer Änderung?, 36. DJT, Bd. I 2. Lieferung, S. 540 ff, Berlin 1930
Dubischar, Roland	Grundbegriffe des Rechts, Stuttgart 1968
Der Große Duden	Bd. 7, Etymologie, Mannheim 1963
Dunz, Walter	Das neue Familienrechtsänderungsgesetz, NJW 1961, 2137 ff
Düringer	Grundrechte und Grundpflichten, JW 1919, 701 ff
Eben-Servaes, Ilse	Das Kind in der Ehe, DR 1935, 91 f
Eck, Ernst-Leonhard, R.	Vorträge über das Recht des BGB, Bd. II, 1.u.2. Auflage, Berlin 1904
Eichhoff	Zur Änderung des § 1355 BGB, DJZ 1928, 503 ff u. 867 f
Eichhorn	Der Mißbrauch im Familienrecht des BGB, Das Recht, Bd. 9, S. 331 ff, Hannover 1905
Endemann, F.	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, Bd. II, Berlin 1900
Enneccerus, L.- Kipp, Th.-Wolff, M.	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2. Abt., Familienrecht, 6. Bearbeitung, Marburg 1928
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959

Erler, Julius	Ehescheidungsrecht, 2. Auflage, Berlin 1900
Erman	Handkommentar zum BGB, Bd. II, 6. Auflage, Münster 1975
Engisch, Karl	Einführung in das juristische Denken, 5. Auflage, Stuttgart 1971
Esser, Josef	Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, JZ 1953, 521 f
ders.	Grundsatz und Norm, Tübingen 1956
ders.	Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1970
Feder, Gottfried	Das Programm der NSDAP und seine weltanschaulichen Grundgedanken, München 1932
ders.	Die Juden, 3. Auflage, München 1933
Fischer, O.-Henle, W. v.	Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auflage, München 1909
-	Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe, 14. Auflage, München 1931
Forsthoff, Ernst	Der totale Staat, Hamburg 1933
ders.	Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 3. Auflage, Stuttgart 1967
Fraeb	Die Anfechtbarkeit arisch-jüdischer Mischehen, DRZ 1934, 267 ff
Frank, Hans	Geleitwort zu F. Mößmer, Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechts, Berlin 1936
ders.	Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaats, 2. Auflage, München 1938
Frantz	Richtung und Grundgedanken der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum Ehegesetz, DR 1941, 1028

Frantz	Verweigerung der Fortpflanzung als Scheidungsgrund (§ 48 EheG), DR 1943, 326 ff
ders.	Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts auf familienrechtlichem Gebiet, NJW 1949, 448 ff
Frentzel, Luise	Die Ehescheidung wegen Pflichtverletzung § 1568, Diss. Marburg 1927
Freisler, Roland	Recht, Richter und Gesetz, DJ 1933, 694
ders.	Richter, Recht und Gesetz, DJ 1934, 1333
ders.	Der Heimweg des Rechts in die völkische Sittenordnung, Festschrift für Schlegelberger, Berlin 1936
ders.	Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken, Berlin 1938
Frischmann, Heinrich	Die Auswirkung des Verschuldensprinzips im Ehescheidungsrecht des BGB, Diss. Göttingen 1928
Fuchs, Dieter	Die Zerrüttung der Ehe, Diss. Köln 1961
Gamillscheg, Franz	Die Grundrechte bei der Anwendung ausländischen Rechts, Festschrift Nipperdey, Bd. I, München 1965
Gauss, Georg	Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, Diss. Tübingen 1910
Geilenkirchen, Hubert	Die Wirkung des Getrenntlebens der Ehegatten auf die Schlüsselgewalt der Frau und den Schutz des redlichen Dritten, Diss. Köln 1934
Geiler, Annemarie	Das Namensrecht der Ehefrau, Diss. Heidelberg 1931
Geiß, Hildegard	Wesen der Ehe und Irrtum im Eherecht des BGB, Diss. Heidelberg 1936

Gerber, Carl F. v.	System des Deutschen Privatrechts, neubearbeitet v. Cosack, 17. Auflage, Jena 1895
Gernhuber, Joachim	Lehrbuch des Familienrechts, 1. Auflage, München 1964
ders.	Das völkische Recht, Festschrift für Kern, Tübingen 1968
ders.	Lehrbuch des Familienrechts, 2. neubearbeitete Auflage, München 1971
Gerold, Wilhelm	Ehegesetz, Stuttgart 1950
Gierke, Otto	Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Veränd. u. verm. Ausg., Leipzig 1889
Godin, Reinhard v.	Urteilsbesprechung des OGH, MDR 1948, 209, 241 in JR 1949, 254
Godin, R. u. H. v.	Ehegesetz, 2. Auflage, Berlin 1950
Goldmann	Darf der Ehemann die Briefe seiner Frau öffnen? DJZ 1904, 64
Goldschmidt, Ludwig	Kritische Erörterungen zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Leipzig 1889
Graehl, Peter	Die geschichtliche Entwicklung des § 48 Ehegesetz, Diss. Freiburg 1966
Graml, Hermann	Europa zwischen den Kriegen, Lausanne 1969
Grimm, Jacob	Deutsche Rechtsaltertümer, 4. verm. Ausgabe, Bd. 1, Leipzig 1922
Grunsky, Wolfgang	Gesetzesauslegung durch die Zivilgerichte im Dritten Reich, KJ 1969, 146
Grussendorf	Urteilsanmerkungen zu KG 2.11.33 und LG Köln 5 R66/33, DJ 1933, 818
ders.	Urteilsanmerkung zu KG 2.12.33, DJ 1934, 134

Guenther, Hans F. K.	Rassenkunde des deutschen Volkes, 9. Auflage, München 1926
Gütt, A.-Linden, H.-Maßfeller, F.	Blutschutz- und Ehegesundheitsgesetz, München 1936
Guggomos, M.	Anmerkung zu KG 1.8.47, NJW 1947/48, 388
Guthjahr, Herbert	Das neue deutsche Ehegesetz, DR 1938, 311
Habermalz, Wilhelm	Das Ehehindernis der Rassenzugehörigkeit in ausländischen Rechtsordnungen und seine Anwendung im deutschen IPR, Diss. Göttingen 1963
Habscheid, Walther J.	Kritische Gedanken zur Rechtsprechung des BGH zu § 48 EheG, MDR 1953, 337
ders.	Die Rechtsprechung zum Eheauflösungsrecht, FamRZ 1963, 6
Hachenburg	Der Verband Eherechtsreform, JW 1922, 5
Haff, Karl	Die bevölkerungspolitische Bedeutung des objektiven Zerrüttungsprinzips im Scheidungsrechte der Schweiz, Dänemarks, Norwegens und Schwedens, ZAkDR 1936, 1041
ders.	Urteilsanmerkung zu OLG Braunschweig, MDR 1947, 152
Hamann-Lenz	Das Grundgesetz für die BRD, 3. Auflage, Neuwied 1970
Hanelt, Hilmar	Schadensersatz-, Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche gegen den anderen Ehegatten und den Drittstörer aus ehewidrigem Verhalten, Diss. Mainz 1971
Hartung, Fritz	Deutsche Verfassungsgeschichte, 8. Auflage, Stuttgart 1950
Haselhoff	Zum neuen Eherecht, DJ 1939, 216

Hattenhauer, Hans	Zwischen Hierarchie und Demokratie, Karlsruhe 1971
Hauser, Otto	Geschichte des Judentums, Weimar 1921
Hedemann, Justus v.	Das bürgerliche Recht und die neue Zeit, Jena 1919
ders.	Die Bedeutung der neuen Verfassung für das bürgerliche Recht, DJZ 1919, 769
ders.	Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933
ders.	Die Erneuerung des bürgerlichen Rechts, in Zur Erneuerung des Bürgerlichen Rechts, München 1938
ders.	Das Volksgesetzbuch der Deutschen, München 1941
ders.	Arbeit am Volksgesetzbuch, DR 1941, 1913
ders.	Das Volksgesetzbuch als Fundament großdeutschen Rechtslebens, Berlin 1942
Heiber, Helmut	Die Republik von Weimar, Lausanne 1969
Henke, Horst-Eberhard	Die Tatfrage, Berlin 1966
Henkel, Heinrich	Einführung in die Rechtsphilosophie, München 1964
Henle, Rudolf	Zur Reform des Ehescheidungsrechts, JW 1922, 1501
Henrich, Dieter	Familienrecht, 2. Auflage, Berlin 1977
Herrmann, Horst	Ehe und Recht, Freiburg 1972
Hildebrandt, Heinz	Rechtsfindung im Neuen Deutschen Staate, Berlin 1935

Hillgenburg, Karl	Bedürfen die die persönliche Rechtsstellung der Ehefrau in ihrer Eigenschaft als Gattin und Mutter behandelnden Bestimmungen des BGB für das Deutsche Reich einer Umgestaltung im Sinne der modernen Frauenbewegung?, Diss. Heidelberg 1917
Hinschius, Paul	Das Personenrecht der Ehegatten im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, AcP 74, (1889), 55
Hippel, Fritz v.	Richtlinie und Kasuistik im Aufbau Rechtsordnungen, Marburg 1942
ders.	Die Perversion von Rechtsordnungen, Tübingen 1955
Hitler, Adolf	Mein Kampf, Bd. I, München 1925, Bd. II, München 1927
Hölder, E.	Die Anfechtung der Ehe wegen Irrtums über die Person, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 42, S. 1, Jena 1901
Hörle	Über die personen- u. vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nach §§ 1353 - 1361, Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 31, 113
Hoffmann, Edgar-Stephan, W.	Ehegesetz, 2. Auflage, München 1968
Hofmannsthal, Emil v.	Internationale Bestrebungen zur Reform des Eherechts, DJZ 1927, 1155
Huber, Ernst Rudolf	Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Auflage, Hamburg 1939
Hubernagel, Gerhard	Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklauseln in: H. Frank, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht u. Gesetzgebung, 2. Auflage, München 1935
Huth, Aribert	Ehegesetz, Dresden 1948

Isele, Hellmut Georg	Zwischenbilanz des neuen Ehescheidungsrechts, AcP 145, 257
ders.	Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, AcP 150, 1
Jacobi, Leonard	Das persönliche Eherecht des BGB, 2. Auflage, Berlin 1889
Jacobi	Empfiehlt es sich die Ehescheidungsgründe in der vom Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs beabsichtigten Weise zu beschränken? Verhandlungen 20. DJT Bd. IV, Berlin 1899 (Aussprache) S. 383
Jastrow, Hermann	Das Recht der Frauen, Berlin 1897
Jesch, Dietrich	Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82, 163
Johansson, Gerold	Das absolute Recht im persönl. Ehebereich und sein Schutz durch Schadensersatz-, Unterlassungs- und Beseitigungsklage, Diss. Tübingen 1966
Johannsen, Kurt	Urteilsanmerkung zu BGH LM Nr. 45 zu § 48 II
ders.	Urteilsanmerkung zu BGH LM Nr. 49 zu § 48 II
ders.	Die Rechtsprechung des IV. Zivilsenats des BGH zum Ehescheidungsrecht in der Zeit vom 1.3.1968-28.2.1969, FamRZ 1969, 352
Johe, Werner	Die gleichgeschaltete Justiz, Frankfurt 1967
Jung, Edgar J.	Die Herrschaft der Minderwertigen, Berlin 1927
Jung	Die Auflösung der Ehe zwischen Ariern und Nichtariern, JW 1933, 2367
Kahl, Wilhelm	Ehescheidung wegen objektiver Zerrüttung, GruchB Bd. 67, 1925

Kahl, Wilhelm	Zur Reform des Ehescheidungsrechts, DJZ 1927, 553
Kant, Immanuel	Metaphysik der Sitten, Werke in 6 Bänden, Bd. IV, hrsg.: W. Weischedel, Darmstadt 1975
Kaul, Friedrich Karl	Geschichte des Reichsgerichts, Bd. 4 1933 - 1945, Glashütten i. T. 1971
Kern, Eduard	Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl., 1965
Kienzle, Alexander	Das Entscheidungsrecht des Ehemannes, Diss. Tübingen 1930
Kimminich, Otto	Deutsche Verfassungsgeschichte, Frankfurt 1970
Kipp, Theodor	Die Rechtsstellung der Ehefrau nach der Reichsverfassung, DJZ 1922, 682
Kirchheimer, Otto	Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus, KJ 1971, 356
Kirschenmann, Dietrich	"Gesetz" im Staatsrecht und in der Staatsrechtslehre des Nationalsozialismus, Schriften z. Öff. Recht, Bd. 135
Kissel, Otto Rudolf	Ehe und Ehescheidung, Kronberg i. T. 1977
Kleinewerfers, Anneliese	Ehefrau und ehemännliches Entscheidungsrecht, Diss. Bonn 1939
Klink, Kurt	Die Reformbestrebungen im Ehescheidungsrecht, Berlin 1928
Kluge, Friedrich-Mitzke, Walther	Etymologisches Wörterbuch der Deutschen Sprache, 20. Auflage, Berlin 1967
Knoblauch, Walter	Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Ehe, Diss. Heidelberg 1910
Kohler, F.	Das Eherecht des BGB, Stuttgart 1898
Kolbe, Dieter	Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke, Karlsruhe 1975

Krille, Hans	Urteilsanmerkung zu OGHZ, NJW 1947/48, 472
Kröger, H.	Die Rechtsstellung der Ehefrau nach der Reichsverfassung, DJZ 1922, 601
Krüger, Herbert	Führer und Führung, Breslau 1935
Kühn, Evelyn	Die Entwicklung und Diskussion des Ehescheidungsrechts in Deutschland, Diss. (phil) Hamburg 1974
Lange, Heinrich	Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, Recht und Staat, Bd. 102, Tübingen 1933
ders.	Generalklauseln und neues Recht, JW 1933, 2858
ders.	Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, Recht und Staat, Bd. 114, Tübingen 1934
ders.	Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934
ders.	Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, Nationalsoz. Handbuch für Recht und Gesetzgebung, hersg. H. Frank, München 1935
ders.	Lage und Aufgabe der deutschen Privatrechtswissenschaft, Recht und Staat, Bd. 121, Tübingen 1937
ders.	Fragen des Eheschließungsrechts, AcP 145 (1939), 129
Larenz, Karl	Besprechung von Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, ZHR Bd. 100, 1934, 378
ders.	Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Recht und Staat, Bd. 109, Tübingen 1934
ders.	Grundsätzliches zum Ehescheidungsrecht, DR 1937, 184

Larenz, Karl	Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, 1
ders.	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1975
Laufs, Adolf	Rechtsentwicklungen in Deutschland, Berlin 1973
Lauterbach, Wolfgang	Scheidung aufgrund der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft, ZAkDR 1938, 728
ders.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 55 II des Ehegesetzes, ZAkDR 1939, 378
ders.	Die erste grundsätzliche Entscheidung des Reichsgerichts zur Auslegung von § 55 II EheG, ZAkDR 1939, 234
ders.	Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu § 48 EheG, NJW 1969, 897
Lehmann, Heinrich	Familienrecht des BGB, Berlin 1926
Lehmkuhl, Augustin	Das Bürgerliche Gesetzbuch des Deutschen Reichs, 6.u.7. Auflage, Freiburg 1911
Leibholz-Rinck	Grundgesetz, 5. Auflage, Köln 1975
Lersch	Revisionen aus § 48 EheG, NJW 1953, 2906
ders.	Urteilsanmerkung zu BGH LM Nr. 16 zu § 48 II EheG
Lingenthal, Zachariä v.-Crome, Carl	Handbuch des Französischen Civilrechts, 8. Auflage, Bd. III, Freiburg 1895
Lösener, Bernhard-Knost, Friedrich	Die Nürnberger Gesetze, 2. Auflage, Berlin 1937
Lohner, Fritz	Der verfassungsrechtliche Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 I GG) und seine Einwirkung auf das Beamtenverhältnis, Diss. Würzburg 1969

Lorenz, Reinhard	Die neuen rassischen und erbgesundheitlichen Ehehindernisse und ihre Berücksichtigung durch den Vormundschaftsrichter, Diss. Bonn 1938
Lorenzen, Sievert	Die Juden und die Justiz, Berlin 1942
Massfeller, Franz	Anmerkung zu KG 8.2.34, DJ 1934, 395
ders.	Das großdeutsche Ehegesetz, 2. Auflage, 1939
Matzke, Walter	Die Anfechtung der Rassenmischehe nach geltendem Recht, JW 1934, 2593
Maunz, Theodor-Dürig, Günter-Herzog, Roman	Grundgesetz, München 1973
Maurach, Reinhard	Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 4. Auflage, Karlsruhe 1971
May, Richard	Reform der Ehescheidung, JW 1922, 5
Mayer, Otto	Empfiehlt es sich die Ehescheidungsgründe in der vom Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuch beabsichtigten Weise zu beschränken? Verhandlungen des 20. DJT Bd. IV, Aussprache S. 377, Berlin 1899
Menger, Christian-Friedrich	Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Karlsruhe 1976
Mestwerdt, Reinhard	Das Sozialbild der Ehe im Spiegel von Gesetzgebung und Rechtsprechung der letzten 150 Jahre, Diss. Göttingen 1961
Meyers Enzyklopädisches Lexikon	9. Auflage, Bd. 7, Mannheim 1973
Mikat, Paul	Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip, FamRZ 1962, 81, 273, 497, 1963, 65
Mitteis, Heinrich	Die Ehe in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Festgabe zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. III, 2, Berlin 1929

Mitteis, Heinrich- Lieberich, Heinz	Deutsche Rechtsgeschichte, 14. Auflage, München 1976
Mößmer, Ferdinand	Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechts, Berlin 1936
ders.	Zur Auslegung des § 55 EheG, ZAkDR 1939, 292
Molitor, Erich- Schlosser, Hans	Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 2. Auflage, Karlsruhe 1975
Molls, Werner	Das Institut der Eheaufhebung, Diss. Bonn 1972
Montesquieu	De L´esprit Des Lois, Oeuvres complêtes, hrsg. Daniel Oster, Editions du Seuil, Paris 1964
Mooshake, Rudolf	Die minderjährige Ehefrau, Diss. Heidelberg 1912
Müller, Otto	Das Recht des Mannes auf die Tätigkeit seiner Ehefrau im gemeinschaftlichen Hauswesen der Ehegatten und im Beruf des Mannes nach dem BGB, 1356, Diss. Marburg 1927
Müller-Freienfels, Wolfram	Ehe und Recht, Tübingen 1962
ders.	Zur Scheidung wegen Glaubenswechsels, Bemerkungen zu BGHZ 38, 317, JZ 1964, 304 u. 344
Müller-Lindenlauf, Hans-Günther	Germanische und spätrömisch-christliche Eheauffassung in fränkischen Volksrechten und Kapitularien, Diss. Freiburg 1969
Münch, Eva-Marie v.	Art. 6 GG in Grundgesetz, Kommentar Bd. I, hrsg. I. v. Münch, Frankfurt 1974
Mugdan, B.	Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. IV, Berlin 1899

Muskat	Über Eck´s Irrtumslehre, Gruchot´s Beiträge, Bd. 42, S. 767, 1898
Nationalsozialistischer Rechtswahrerbund	Wissenschaftliche Abteilung, Begründung zum Entwurf eines neuen Ehescheidungsrechts, DR 1937, 251
Nehlert, Gerhard	Das Ehegesetz des Kontrollrats für Deutschland, JR 1947, 69
Neumann, Hugo	Handausgabe des BGB, Bd. II, 5. Auflage, Berlin 1909
Neundörfer, Karl	Kirchliches Eherecht, Auszüge in Alternativen, Arbeitstexte für den Religionsunterricht, Heft 4, München 1970
Neuner, C.	Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse, Kiel 1866
Neupert, Arthur	Die eheliche Arbeitsgemeinschaft, Diss. Halle-Wittenberg 1938
Neustadt, Maximilian	Das Eherecht, Neue Ausgabe, Berlin 1910
Niethammer, Frank	Entscheidungsbefugnis und Arbeit der Ehefrau in der heutigen Familie und im neuen Familienrecht, Diss. Marburg 1958
Nolte, Ernst	Die faschistischen Bewegungen, Lausanne 1969
Nottebom, Hans	Die rechtliche Selbständigkeit der Ehefrau und der Kinder im Erwerbsleben, Diss. Halle-Wittenberg 1934
Oekinghaus, Emma	Die gesellschaftliche und rechtliche Stellung der deutschen Frau, Jena 1925
Opet, Otto	Das Namensrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, AcP 87, (1897), 313
Opet, Otto-Blume, W. v.	Das Familienrecht des BGB, 1.u.2. Abschnitt, Berlin 1906
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 36. Auflage, München 1977

Peuckmann, Helmuth	Härteklausel zur Begrenzung des objektiven Zerrüttungsprinzips, Diss. Freiburg 1975
Picker, Henry	Hitlers Tischgespräche, Bonn 1951
Pirson, D.	Art. 6 GG in Bonner Kommentar, 2. Bearbeitung, 36. Lief., Hamburg 1976
Planck	Zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, AcP Bd. 76, (1889), 327
ders.	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 4, 3. Auflage, Berlin 1906
ders.	Planck´s Kommentar zum BGB, Bd. IV, 1. Hälfte, 4. Auflage, Berlin 1928
Pritsch, Erich	Zur höchstrichterlichen Rechtsprechung auf familienrechtlichem Gebiet, NJW 1949, 729
Puder, Magda	Die Erwerbstätigkeit der verheirateten Frau, Diss. oec. Handelshochschule Berlin 1932
Püschel, Wilhelm	Der Niedergang des Rechts im Dritten Reich, Reutlingen 1947
Radbruch, Gustav	Des Reichsministeriums Ruhm und Ende, SJZ 1948, 57
Ramm, Thilo	Einführung in das Privatrecht, Allg. Teil des BGB, Bd. I, 2. Aufl., München 1974
Rasehorn, Theo	Richterbriefe und Rechtspflege heute, in Boberach, Richterbriefe
Raske, August	Urteilsanmerkung zu BGH LM Nr. 3 zu § 48 II EheG
ders.	Urteilsanmerkung zu BGH LM Nr. 12 zu § 48 II EheG
ders.	Ehescheidungen auf Grund des § 48 des Ehegesetzes, DRiZ 1960, 321

Rauschning, Hermann	Gespräche mit Hitler, 4. Nachdr., Zürich 1950
Rebstein-Metzger, Emmy	Inwieweit bedürfen die familienrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuch mit Rücksicht auf den die Gleichberechtigung der Geschlechter aussprechenden Art. 119 I 2 RVerf eine Änderung?, Gutachten, 36. DJT, Bd. I, 2. Lief., 540, Berlin 1930
Reichel	Gleichberechtigung der Geschlechter in der Ehe, DJZ 1931, 1129
Reichstagskommission	Bericht über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896
Rexroth, Ernst Ludwig	Das neue Recht der Ehescheidung, JW 1938, 2080
Rietschel, S.	Die Anfechtung der Ehe wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten, AcP Bd. 104, (1909), S. 339
Rilk, Otto	Das neue Eherecht, Leipzig 1938
Rocholl, C.	Das Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1900
Rolf, Peter	Bevölkerungspolitik, Erb- und Rassenpflege in der Gesetzgebung des Dritten Reichs, DR 1937, 235
Rolland, Walter	Die Entwicklung des deutschen Eherechts seit 1920 unter besonderer Berücksichtigung der Stellungnahme der christlichen Kirchen, Diss. Marburg 1957
ders.	Das neue Ehe- und Familienrecht, Neuwied 1977
Rosenberg, Alfred	Der Mythus des 20. Jahrhunderts, 5. Auflage, München 1930
ders.	Das Parteiprogramm, München 1942

Rosenberg, Curt	Ehescheidung und Eheanfechtung, 2. Auflage, Berlin 1931
Rossa, Ewald	Die Hindernisse des nationalsozialistischen Rechts, Diss. Köln 1938
Rüthers, Bernd	Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968
ders.	Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, Bad Homburg v. d. H. 1970
Sambuc, Thomas	Folgenerwägungen im Richterrecht, Berlin 1977
Sauer, Karl	Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht, München 1909
Savigny, Friedrich Carl v.	System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840
Scanzoni, Gustav v.	Scheidung ohne Verschulden, DR 1940, 753
ders.	Das großdeutsche Ehegesetz, 3. Auflage, Berlin 1943
Scriba, Ludwig	Die persönliche Rechtsstellung der Ehegatten in ihrem gegenseitigen Verhältnis, Diss. Marburg 1910
Seidlmayer, H.	Über Personen- und Eigenschaftsirrtum bei der Eheschließung nach BGB (§ 1333), Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts, Bd. 46
Seydel, Helmut	Die zwei Begriffe der Rechtssicherheit, DRW 1936, 84
Shirer, W. L.	Aufstieg und Fall des dritten Reichs, Bd. I, Köln 1963
Siebert, Wolfgang	Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht, Frank, Hans, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935

Sihler, Heinrich	Darstellung und kritische Betrachtung der Scheidungsgründe des Ehegesetzes, Diss. Tübingen 1940
Simitis, Spiros	Zur Situation des Familienrechts - Über einige Prämissen, Seminar: Familie und Familienrecht, Bd. I, Frankfurt 1975
Sintenis, Carl Friedrich F.	Das Practische Gemeine Civilrecht, Bd. I, 2. verb. Auflage, Leipzig 1860
Sinzheimer, Hugo	Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft, Amsterdam 1938
Smend, Rudolf	Verfassung und Verfassungsrecht, München 1928
So ist es geworden	Der Weg zur Gleichberechtigung der Frau in Deutschland, Schriftenreihe der Industriegewerkschaft Metall Nr. 52, 2. Auflage, 1969
Soergel	BGB, Bd. II, 5. Auflage, Stuttgart 1931
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 5, 10. neubearb. Auflage, Stuttgart 1971
Spott	Die Grundzüge des § 55 Ehegesetz, DR 1939, 24
Schäfer, Gerhard	Die Anfechtung von Mischehen, JW 1936, 165
Scheffler, Erna	Ehe und Familie, Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. IV, 1, Berlin 1960
Scheftelowitz, Erwin E.	Das religiöse Eherecht im Staat, Köln 1970
Scheld, R.	Die Änderung des § 48 II EheG in richterlicher Sicht, FamRZ 1961, 372
Scherling	Die Frau im heutigen deutschen Recht, Gantzsch b. Leipzig 1908
Scheuerle, Wilhelm A.	Rechtsanwendung, Nürnberg 1952

Scheuerle, Wilhelm A.	Das Wesen des Wesens, AcP Bd. 163, (1964), 429
Schier, Wolfgang	Die Justiz im Dritten Reich, Rechtsschein und Rechtswirklichkeit, Würzburg 1961
Schilling, Heinrich	Der rechtliche Charakter der ehelichen Nutznießung im BGB, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 251, Berlin 1901
Schlegelberger, Franz	Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung, Berlin 1934
ders.	Abschied vom BGB, Berlin 1937
Schmidt, Arthur B.	Zur Reform des Ehescheidungsrechts, DJZ 1922, 214
Schmitt, Carl	Nationalsozialismus und Rechtsstaat, JW 1934, 713
ders.	Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934
ders.	Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstaats, DR 1936, 181
Schneider, Herbert	Anfechtung der Ehe wegen Irrtums über die Bedeutung der Rasse, JW 1934, 868
ders.	Die Rechtsprechung des BGH zu § 48 EheG, NJW 1953, 281
ders.	Zur Rechtsprechung des 4. Zivilsenats des BGH zu § 48 des Ehegesetzes und die Reform des Scheidungsrechts, Festschrift Kern, Tübingen 1968
Schönfeld, Walther	Zur geschichtlichen und weltanschaulichen Grundlegung des Rechts, DRW 1939, 201
Schorn, Hubert	Der Richter im 3. Reich, Frankfurt 1959

Schorn, Hubert	Die Gesetzgebung des Nationalsozialismus als Mittel der Machtpolitik, Frankfurt 1963
Schüler, Sigurd	Das Ehescheidungsproblem, Diss. Jena 1928
Schulz, Gerhard	Die Anfänge des totalitären Maßnahmestaats, Bracher-Sauer-Schulz, Die nationalsozialistische Machtergreifung, 2. Auflage, Köln 1962
ders.	Deutschland seit dem Ersten Weltkrieg 1918 - 1945, Göttingen 1976
Schumacher	Anfechtung jüdisch-arischer Ehen, DJZ 1933, 1492
Schwab, Dieter	Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit, Bielefeld 1967
ders.	Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie, Festschrift für F. W. Bosch, Bielefeld 1976
Schwab, Karl-Heinz	Ehe und Familie im Lichte des Gleichberechtigungsgesetzes, Erlangen 1958
Staff, Ilse	Justiz im Dritten Reich, Frankfurt 1964
Staudinger	Kommentar zum BGB, Bd. IV, Teil 1, erl. v. Engelmann, 3./4. Auflage, München 1908
ders.	Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. Auflage, 1925
ders.	Bd. IV, Teil 1, 9. neub. Auflage, München, Berlin, Leipzig 1926
ders.	Bd. IV, Teil 1, 10./11. Auflage, Berlin 1968
Steidle	Urteilsanmerkung zu OLG Hamburg, SJZ 1946, 117

Steinlechner, Wolfgang	Der Richter im Dritten Reich, Diss. Mainz 1974
Stenographische Berichte	über die Verhandlungen des Reichstags, IX. Legislaturperiode, IV. Session, 1895/97, Bd. 4, Berlin 1896
Stier-Somlo, Fritz	Reichsverfassung, 3. Auflage, Bonn 1925
Stoll, Heinrich	Die Auflösung einer Mischehe, DJZ 1934, 562
Stolleis, Michael	Gemeinwohlformen im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974
Streck, Michael	Generalklausel und unbestimmter Begriff im Recht der allgemeinen Ehewirkungen, Bonn 1970
Stümpke, Werner	Reform der Ehescheidung im deutschen bürgerlichen Recht? Diss. Rostock 1933
Teubner, Gunther	Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt 1971
Thoss, Peter	Der Weg des subjektiven Rechts in der gliedschaftlichen Bindung - Zum Verhältnis von Nationalsozialismus und Privatrecht, Diss. Frankfurt 1968
Tonndorf, Irmintraut	Welche Schlußfolgerungen ergeben sich aus der Behandlung der Meinungsverschiedenheiten über eheliche Angelegenheiten im amerikanischen Recht für die Rechtsreform in Deutschland? Diss. Münster 1955
Topitsch, Ernst	Logik der Sozialwissenschaften, 8. Auflage, 1972
Treue, Wolfgang	Deutsche Parteiprogramme seit 1861, 4. Auflage, Göttingen 1968
Triebel, Heinz	Die wirtschaftliche Stellung der deutschen Ehefrau in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Diss. Halle-Wittenberg 1936

Türcke, R.-Niedenführ, R.-Winter, P.	Das bürgerliche Recht, Bd. II, 3. Auflage, Berlin 1911
Tuhr, Andreas v.	Der allgemeine Teil des BGB, Bd. I, 1910
Venzlaff, Friedrich	Über die Schlüsselstellung des Rechtsgefühls bei der Gesetzesanwendung, Frankfurt 1973
Volkmar, Erich	Großdeutsches Eherecht, München und Berlin 1939
Wagner, Albrecht	Der Richter, Karlsruhe 1959
ders.	Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens- und Richterrechts im nationalsozialistischen Staat, Stuttgart 1968
Wagner, Walter	Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat, Stuttgart 1974
Weber, Marianne	Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, Tübingen 1907
dies.	Beruf und Ehe, 1905, in: Weber, M., Frauenfragen und Frauengedanken, Tübingen 1919
dies.	Die historische Entwicklung des Eherechts, 1904, in: Weber, M., Frauenfragen und Frauengedanken, Tübingen 1919
dies.	Autorität und Autonomie in der Ehe, 1912, in: Weber, M., Frauenfragen und Frauengedanken, Tübingen 1919
dies.	Die Idee der Ehe und die Ehescheidung, Frankfurt 1929
Webler, Heinrich	Familie und Erziehung im Recht, DR 1935, 89
Wehler, Hans-Ulrich	Das deutsche Kaiserreich 1871 - 1918, 2. Auflage, Göttingen 1973

Weinberg, Max	Der Anspruch auf Herstellung des ehelichen Lebens, Diss. Rostock 1912
Weinkauff, Hermann	75 Jahre Reichsgericht, Rede am 2.10.1954, DRiZ 1954, 251
ders.	Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Stuttgart 1968
Werner, Fritz	Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, Karlsruhe 1966
Wetzel, Arthur	Gedanken zum künftigen Familienrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gesetzes gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt, Diss. Gießen 1937
Wetzel, Paul	Die Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft, Archiv f. Bürg. Recht, Bd. 26, S. 54, Berlin 1905
Wieacker, Franz	Geschichtliche Ausgangspunkte der Ehereform, DR 1937, 178
ders.	Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956
Wieruszowski, Alfred	Urteilsanmerkung zu RG JW 1922, 162
ders.	Art. 119, Ehe, Familie, Mutterschaft, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, hrsg. Nipperdey, Bd. II, Berlin, Mannheim 1930
Wiethölter, Rudolf	Recht, in Wissenschaft und Gesellschaft, Frankfurt 1968
Wilkens	Theologische Erwägungen zur Ehescheidung, FamRZ 1969, 57
Willmann, Peter	Die Entwicklung des § 48 II EheG im Lichte von Schrifttum und Rechtsprechung, Diss. Heidelberg 1966

Wöhrmann	Die Auflösung der Ehe zwischen Juden und Ariern, JW 1933, 2041
Wogatzky	Beendigung von Mischehen, StAZ 1939, 212
Wolf-Lüke-Hax	Scheidung und Scheidungsrecht, Tübingen 1959
Wolf, Paul	Reichsverfassung und Privatrecht, LZ 1922, 702
Wüstenberg	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Eherechts, DRiZ 1955, 278
Wulfert	Aus dem Familienrecht, Vorträge, Sächsisches Archiv f. Bürgerl. Recht und Prozeß, Bd. 10, (1900), S. 3
Zarden, Arthur	Die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe und die Parteidisposition, Diss. Rostock 1909
Zechnall, Martin	Der Vertrag im Familienrecht, Diss. Tübingen 1937

Abkürzungen

Der Gebrauch von Abkürzungen folgt Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, Berlin 1968.

Zusätzlich wurde die Abkürzung verwendet:

KJ Kritische Justiz

Solange in unseren gesamten staatlichen, sozialen und gesellschaftlichen Verhältnissen dem Manne die vorherrschende Stellung eingeräumt ist und solange der Mann die Aufgabe hat, für den Unterhalt von Frau und Kind zu sorgen, solange muß das Entscheidungsrecht des Mannes als auf dem Wesen der Ehe beruhend angesehen werden.

Arthur Zarden, Dissertation Rostock 1909

Die Ehegatten bestimmen über alle das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten in freier Willensübereinstimmung.

Ernst Dronke, Entwurf zu § 1354, 36. DJT 1930

Auch die Ehe kann nicht Selbstzweck sein, sondern muß dem einen großen Ziele, der Vermehrung und Erhaltung der Art und Rasse dienen.

Adolf Hitler, Mein Kampf 1933 - 1945

Was die Menschen- und Personenwürde angeht, so sind Mann und Frau völlig gleich; und das muß streng in allem Recht zum Ausdruck kommen. Streng verschieden sind sie aber nicht nur im eigentlich Biologisch-Geschlechtlichen, sondern auch in ihrer seinsmäßigen, schöpfungsmäßigen Zueinanderordnung zu sich und dem Kind in der Ordnung der Familie, die von Gott gestiftet und daher für den menschlichen Gesetzgeber undurchbrechbar ist. Die Familie ist nach der Schöpfungsordnung eine streng ihrer eigenen Ordnung folgende Einheit, Mann und Frau sind "ein Fleisch". An diesen Urtatbestand (außerhalb des ehelichen Bereichs) Rechtsformen gesellschaftlicher Art herantragen zu wollen, ist widersinnig.

BGHZ 11, Anhang S. 65, 1952

Eine gesetzliche verbindliche Festlegung der Rollen von Mann und Frau in der Ehe dürfte heute mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung kaum noch vereinbar sein. Sie widerspricht aber auch dem heutigen Verständnis der Ehe als einer Lebensgemeinschaft, deren Ausgestaltung im einzelnen der Bestimmung gleichberechtigter und gleichverpflichteter Partner überlassen bleibt.

Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucksache 7/650, 1973, S. 97

Einleitung

Aus den der Arbeit vorangestellten Zitaten lassen sich zwei eng miteinander verbundene Entwicklungen erkennen: Die Geschichte der verschiedenen Eheauffassungen in den vergangenen fast 80 Jahren und die mit ihr untrennbar verknüpfte Geschichte der Gleichberechtigung von Mann und Frau.

Das erste Zitat steht für die Auffassung im Kaiserreich der die Ehe bestimmenden absoluten Dominanz des Mannes über die Frau. Der Gesetzentwurf des Gutachtens für den Deutschen Juristentag kennzeichnet die in der Weimarer Republik durch Krieg, Wirtschaft und Industrie veränderte Stellung der Frau im sozialen Gefüge, deren Folge eine zunehmende Kritik an der bestehenden patriarchalischen Eheauffassung war, die in Gesetzentwürfen zu einer Verwirklichung der Gleichberechtigung der Ehegatten gipfelte. Die bekannte Meinung Hitlers über die Ehe zeigt in diesem Zusammenhang die Bedeutung, die das Eherecht für die Verfolgung staatlicher Ziele haben kann, zugleich aber auch die schnelle Wandlungs- und Anpassungsfähigkeit von Eheauffassungen. Dies läßt sich auch in dem Gutachten des BGH erkennen, in dem sich der Wechsel von nationalsozialistischer Bevölkerungspolitik zu der katholischen Ehelehre erkennen läßt. Schließlich stellen die gesetzlichen Bestimmungen, die durch das 1. EheRG das Familienrecht veränderten zwar keinen neuen Verfassungsabschnitt dar, aber doch eine große Zäsur in der Entwicklung des Eherechts: Das Ende der patriarchalischen Struktur der Ehe und den Beginn des partnerschaftlichen Verhältnisses der Ehegatten.

Allen Zeitabschnitten ist gemeinsam, daß sie sich des Begriffes "Wesen der Ehe" bedienen, der sich mehrfach im Eherecht findet, als Mittel der Erläuterung und Begründung ihrer Eheauffas-

sung. [1] Sowohl in den Paragraphen des Familienrechts, die bis zum Erlaß des Ehegesetzes von 1938 galten (§§ 1333, 1334), als auch in dessen Normen (§§ 37, 49, 50, 54, 55) und ebenso in bis 1977 geltenden Bestimmungen des Ehegesetzes (z. B. §§ 43, 48) ist dieser Begriff verwandt worden. Auch nach der Neuregelung durch das 1. EheRG wird der Begriff in den noch weiter gültigen Bestimmungen des Ehegesetzes (§§ 32, 33) zu finden sein. Aber auch außerhalb des Gesetzes wurde er ständig von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung herangezogen, um einer bestimmten - gerade gültigen Eheauffassung - Ausdruck zu geben.

Das Wesen der Ehe ist ein unbestimmter Begriff, eine Generalklausel, die der ständigen Auslegung bedarf, zumal der Gesetzgeber es vermeidet, eine Definition dessen zu geben, was er unter der Ehe versteht. Dadurch war die Auslegung und Ausgestaltung dieses Begriffs eine ständige Angelegenheit der Gerichte.

Wohl kaum ein anderes Rechtsgebiet wird so beherrscht von Generalklauseln wie das Eherecht. Es wird im Rahmen dieser Ar-

---

1) Das Wort "Ehe" ist westgermanischen Ursprungs: êwa, verkürzt êa hatte ursprünglich die Bedeutung Recht, Gesetz, Bund oder Band, nicht aber matrimonium (Grimm). Es findet sich auch im Mittelhochdeutschen als ē, ēwe, im Althochdeutschen und Altfriesischen als ēwa und in ähnlichen Formen auch in anderen älteren Sprachen. Wird als Grundbedeutung "ewig geltendes Recht" angesetzt, so ist auch das Wort "ewig" verwandt (Kluge-Mitzka). Es könnte aber auch die Bedeutung des altindischen évah haben, im Sinne von Lauf, Gang, Gewohnheit, Sitte oder Gewohnheitsrecht. Da das Wort aber regelmäßig für das Verhältnis verwendet wurde, wenn es gesetzmäßig eingegangen war und rechtliche Wirkung hatte, verlor es seine allgemeine Bedeutung und ging endlich von der Form auf die Sache über und bedeutete nicht mehr legitimus sondern matrimonialis. (Grimm) Nach Kluge-Mitzka beruht die Bedeutung auf einer zuerst von Notker um 1000 vorgenommenen "Besonderung" und war unter den gesetzmäßigen Verträgen der Wichtigste. Näher dazu: Kluge-Mitzka, Etymologisches Wörterbuch der Deutschen Sprache; Grimm, Deutsche Rechtsaltertümer; Der Große Duden, Etymologie, jeweils unter dem Stichwort "Ehe". Zu Grundformen der Heirats- und Familienordnungen mit zahlreichen Nachweisen, Müller-Lindenlauf S. 3 ff

beit deshalb auch auf Struktur und Anwendung von Generalklauseln einzugehen sein. Unsere heutige Kenntnis der Funktionen und Gefahren von Generalklauseln ist untrennbar mit der Entwicklung des Eherechts verbunden.

Der Aufgabe der Bestimmung der Generalklausel "Wesen der Ehe" kamen Richter und Rechtswissenschaft nach, aber in jeder Epoche, in jedem Verfassungsgefüge in ganz anderer Weise. Die Interpretation des Wesens der Ehe war zur Zeit der Weimarer Republik gänzlich verschieden von der des Nationalsozialismus. Es wird deshalb auch auf die verschiedenen verfassungsrechtlichen Situationen im Laufe dieses Jahrhunderts einzugehen sein. Dem Rahmen dieser Arbeit entsprechend wird dabei vorrangig die Ehe im Verfassungsgefüge behandelt werden und verfassungsrechtliche Strukturen nur insoweit, als sie für gesellschaftliche Veränderungen und die Entwicklung des jeweiligen Eheverständnisses den erklärenden Hintergrund bilden.

Weiterhin setzt die Untersuchung des Begriffs "Wesen der Ehe" nicht nur eine Auseinandersetzung mit dem Gesetzestext voraus, sondern muß sich notwendigerweise auch mit den gesellschaftlichen und geschichtlichen Hintergründen befassen. Das kann in dieser Arbeit naturgemäß nur stichpunktartig geschehen. Auch die Aussagen der parlamentarischen Diskussionen mußten herangezogen werden, denn sie geben Auskunft über den Stand der Ansichten derjenigen Kräfte, die zum einen das Volk vertreten und zum anderen dazu in der Lage sind, bestehenden gesellschaftlichen Veränderungen normative Kraft und Unterstützung zu geben.

Drücken die Aussagen der verschiedenen Epochen auf den ersten Blick ein sich ständig veränderndes Eheverständnis aus, so fragt sich dennoch, ob wirklich in den jeweiligen Zeitabschnitten ein anderes Eheverständnis geherrscht hat oder ob nicht immer bestimmte Grundstrukturen als "vorgegebene" Eigenheiten dem Eheverständnis zugrunde lagen. Gibt es diese vorgegebenen Struk-

turen, so muß gefragt werden, wie und wodurch es dennoch zu diesen sich so stark unterscheidenden Aussagen kommen konnte. Abschließend wird kurz darauf einzugehen sein, daß im 1. EheRG der Begriff "Wesen der Ehe" nicht mehr verwendet wird. Aufgabe dieser Arbeit sollte es somit sein zu zeigen, daß angeblich höchste Wertgrundlagen weder unangreifbar sind, daß sie von der herrschenden Zeitströmung abhängen und dem Anspruch ständiger Gültigkeit damit nicht genügen können. Es sollte nicht Aufgabe dieser darstellenden Arbeit sein, eine Definition dessen zu geben, was das Wesen der Ehe sein kann oder muß. Das wäre nur unter einem gänzlich anderen Ansatzpunkt und unter wesentlicher Einbeziehung der Ergebnisse anderer Disziplinen möglich gewesen.

Erreicht werden sollte aber vor allem folgendes: Ein Verständnis dafür zu bewirken, daß die Grundlage für ein zufriedenstellendes Eherecht nur die T o l e r a n z sein kann, das Verständnis für andere Meinungen auch und gerade dann, wenn es um einen so persönlichen Bereich wie den der Ehe geht. Die Geschichte der Ehe ist auch die Geschichte der Intoleranz.

> Der christlichen Gesamtanschauung des deutschen Volkes entsprechend geht der Entwurf davon aus, daß im Eherechte, auch soviel die Auflösung der Ehe vor dem Tode eines Gatten betrifft, nicht das Prinzip der individuellen Freiheit herrschen darf, sondern die Ehe als eine vom Willen der Gatten unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung angesehen ist.
>
> Mugdan, Ges. Materialien, Bd. IV Familienrecht S. 301

Erster Teil

Das Wesen der Ehe - Die Auffassung der Verfasser des DGB

I. Die Entwicklung der Eherechtsbestimmungen - Vergleich von § 1353 BGB mit entsprechenden Regelungen in anderen Rechtskreisen

Bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches am 1.1.1900 herrschte im Deutschen Reich eine weitgehende Rechtszersplitterung. Im Jahre 1806 war das Heilige Römische Reich Deutscher Nation untergegangen; damit ging die Gesetzgebungsgewalt, die vornehmlich im Bereich des Privatrechts schon seit dem 17. Jahrhundert bei den Landesherren konzentriert war, endgültig auf diese über. Der in dieser Zeit entstehende Kodifikationsgedanke führte zwar nicht zu einer das ganze Reich umfassenden Gesetzgebung, wohl aber zu einer einzelstaatlichen Kodifikation, so z. B. in Bayern 1756, Preußen 1794, Frankreich (mit Geltung im Rheinland) 1804, Baden 1809, Österreich 1811 und Sachsen 1865.

Nach den wenigen Jahren der Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes von 1867 - 1871, konnte drei Jahre nach Gründung des Deutschen Reiches im Jahre 1874 mit den Arbeiten zu einem reichseinheitlichen Gesetzbuch des bürgerlichen Rechts begonnen werden.

Mit der Reichsgründung entstand die Aufgabe, die unterschiedlichen Rechte der Partikularstaaten zu vereinheitlichen. Dabei ging es nicht nur um eine Gleichschaltung staatsverfassungsrechtlicher Fragen, sondern es mußte zur inneren Integration des neugegründeten Staates eine Rechtsvereinheitlichung auf mannigfachen Gebieten vollzogen werden. [1] Bedingt durch die sehr unterschiedlichen Partikularrechte und die innerstaatlichen Veränderungen, nahm die Entwicklung des BGB den langen Zeitraum von fast drei Jahrzehnten ein.

Eine wichtige Grundlage für das neue Eherecht war das Personenstandsgesetz von 1875. Danach wurde das Recht der Eheschließung der landesherrlichen und kirchlichen Gewalt entzogen und galt als Bestandteil des bürgerlichen Rechts. [2] Dieses Gesetz, das für die meisten Staaten Mitteleuropas tonangebend wurde, [3] war ein Produkt des heftigen Kulturkampfes unter Bismarck. Seit der Einführung des Personenstandsgesetzes

"rang nicht mehr das staatliche mit dem religiösen Recht um die Vorrangstellung, sondern das religiöse Recht kämpfte fortan um seine Existenz." 4)

Bis zu diesem Zeitpunkt sind katholisches, evangelisches und staatliches Recht die Pfeiler der Eherechtsgesetzgebung gewesen. [5] Wiethölter [6] bewertet das bürgerliche Recht, das dem

---

1) Zur Integrationsproblematik grundlegend Rudolf Smend, Verfassung u. Verfassungsrecht, München 1928
2) Hattenhauer, Hierarchie u. Demokratie S. 202 ff
3) Scheftelowitz, S. 73
4) Scheftelowitz, aaO
5) Schwab, Grundlagen, passim
6) Wiethölter, Recht S. 230

dritten Stand lückenlosen Rechtsschutz garantiere, als einen Sieg der bürgerlich-politischen Revolution und Reformen.

Sollte nunmehr eine Regelung für das ganze Reich geschaffen werden, so konnte erwartet werden, daß bei der Schaffung eines neuen - reichseinheitlichen - Familienrechts, eine grundlegende Aussage zur Ehe getroffen werden würde. So wäre ein Leitsatz oder eine Definition über die Ehe zu erwarten gewesen, woraus sich die Ansicht des Gesetzgebers hätte entnehmen lassen. Auf diese Art und Weise wäre die Auffassung des Gesetzgebers vom Wesen der Ehe für alle Bürger klar erkenntlich geworden.

In den landesrechtlichen und ausländischen Kodifikationen finden sich z. B. folgende Aussagen über die Ehe:

Part. I lib. II § 1 Corporis Juris Fridericiani,
Entwurf geblieben 1749

Die Ehe oder Heyrath ist eine Vereinigung eines Mannes und Weibes und deren Leiber, welche mit der Intention geschieht, Zeit Lebens bey einander zu wohnen, Glück und Unglück zusammen auszustehen, hauptsächlich aber um Kinder mit einander zu zeugen.

1. Teil, 6. Kapitel, § 1 Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis
1756

Der Ehestand ist eine zwischen Mann- und Weibsperson um Erzeugung der Kinder und mutuellen Beystandswegen gestiftete unzertrennliche Gesellschaft, ...

§§ 1, 2 Teil II, Titel 1 Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794

Der Hauptzweck der Ehe ist die Erzeugung und Erziehung der Kinder - auch zur wechselseitigen Unterstützung kann eine gültige Ehe geschlossen werden.

In der Folge dieser Bestimmung, geprägt von der naturrechtlichen Strömung dieser Zeit, werden die "Rechte und Pflichten der Eheleute in Beziehung auf ihre Person" mit der dem ALR eigenen Weitschweifigkeit und Genauigkeit dargelegt und im Detail aufgeführt.

Ähnlich ausführlich ist das österreichische Recht:

§§ 44, 90 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie von 1811

Die Familienverhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrag erklären zwey Personen verschiedenen Geschlechts gesetzmäßig ihren Willen in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen und sich gegenseitig Beystand zu leisten.

Vor allem haben beyde Theile eine gleiche Verbindlichkeit zur ehelichen Pflicht, Treue und anständiger Begegnung.

Aber bereits 1804 beschränkte sich das französische Gesetzbuch auf die kurze Aussage: [1] [2]

Code Civil des Français von 1804

Art. 212: Die Ehegatten sind einander Treue, Hilfe und Beistand schuldig.

Art. 213: Der Mann ist seiner Frau Schutz, und die Frau ihrem Manne Gehorsam schuldig.

1863 verzichtete dann das sächsische Zivilgesetz auch auf eine genaue Bestimmung der Ehe:

§ 1630 Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863

Die Ehegatten sind sich gegenseitig zur Treue, zur Leistung der ehelichen Pflicht und zur Unterstützung verbunden.

In sehr ähnlich gehaltenen Formulierungen enthalten sich die späteren Eherechtsbestimmungen alle einer Bestimmung der Ehe, sondern führen nur äußerst allgemein gehaltene Aussagen über

---

1) Der Entwurf enthielt noch eine Definition: "Le mariage est un contrat dont la durée est, dans l´intention des époux, celle de la vie de l´un d´eux", v. Lingenthal-Crome, Hdb. S. 2 Anm. 1

2) Beispielhaft ist hier eine Bestimmung gegeben, die das althergebrachte Rollenverständnis von Mann und Frau in der Ehe enthält. Auf dieses Rollenverhalten wird im Rahmen der weiteren Arbeit noch einzugehen sein.

die ehelichen Pflichten an. Das kam nicht von Ungefähr, sondern markiert eine verfassungsrechtliche Entwicklung.

In den Landesgesetzen des 18. Jahrhunderts und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts (wenn man vom Code Civil absieht), wurde eine Begriffsbestimmung der Ehe für unabdingbar gehalten. Im Laufe des 19. Jahrhunderts wandelte sich diese Auffassung und es erfolgte ein weitgehender Verzicht auf grundlegende Bestimmungen.

Der tiefere Grund liegt wohl weniger in einer umfassenden Veränderung des Ehebegriffs, als darin, daß sich das Verständnis des vom Staat gesetzten Rechts und Gesetzes, gewandelt hatte. Recht soll nicht mehr ein Befehl des Herrschers an die Untertanen sein, sondern es soll auf der Anerkennung der Menschen beruhen, in der Überzeugung des Volkes begründet sein. Diese Veränderung in der Eherechtsgesetzgebung verkörpert den Wandel des "Polizeistaats" des 18. Jahrhunderts zum liberalen "Rechtsstaat" des 19. Jahrhunderts. Der Begriff der Ehe erscheint nicht mehr als ein vom Gesetzgeber vorzugebendes und zu befolgendes Institut, sondern als etwas, was in der Bevölkerung gewachsen ist und sich entwickelt. [1)]

Art. 159 Schweizerisches Zivilgesetzbuch von 1907

Durch die Trauung werden die Ehegatten zur ehelichen Gemeinschaft verbunden. Sie verpflichten sich gegenseitig, das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen. Sie schulden einander Treue und Beistand.

Art. 1386 Zivilgesetzbuch von Griechenland v. 1940

Die Ehe begründet für die Ehegatten die gegenseitige Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, sofern der Anspruch darauf sich nicht als Rechtsmißbrauch darstellt.

---

1) Dierich, aaO S. 30

Art. 143 Codice Civile von 1942

Durch die Ehe sind die Ehegatten einander zur häuslichen Gemeinschaft, zur Treue und Beistandsleistung verpflichtet.

Diese Gesetzgebung gipfelt in der jugoslawischen Regelung, die Schönfeld zu Recht als positivistisch hohl bezeichnet. [1)]

Art. 1 Jugoslawisches Ehegrundgesetz von 1946

Die Ehe ist eine gesetzlich geregelte Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau.

So bleibt festzustellen, daß die neueren Ehegesetze sich überwiegend einer Bestimmung des Wesens der Ehe enthalten und sich nur auf wenige Regeln über das Verhalten der Eheleute beschränken. Offensichtlich war man sich bewußt geworden, wie mangelhaft eine solche Bestimmung sein mußte, daß man sich nur auf spärlichste Ausführungen beschränkte.

Bleibt einerseits diese Entwicklung festzustellen, so spricht doch wiederum einiges für eine Definition der Ehe bei einer grundlegenden reichseinheitlichen Kodifikation. In den Motiven zum BGB finden sich des öfteren ganz grundsätzliche Aussagen des Gesetzgebers, die sich angeblich direkt aus dem Wesen der Ehe ergeben. Es finden sich häufig Argumentationen "aus dem Wesen der Ehe" heraus, wobei es aber an einer grundsätzlichen Aussage fehlt, was unter dem Wesen der Ehe zu verstehen sei.

In das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 nahm man - der oben dargestellten Entwicklung folgend - nur den äußerst knappen § 1353 auf:

§ 1353 BGB von 1900

Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet.

Eine sehr zu beachtende und im Rahmen der weiteren Arbeit noch näher zu behandelnde Veränderung erfuhr diese Generalklausel des Eherechts durch das 1. EheRG:

---

1) Dölle-Schönfeld, Familienrecht S. 52

§ 1353 I BGB von 1977

Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen.
Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet.

Aus § 1353 BGB läßt sich - abgesehen von dem Unauflöslichkeitspostulat - nicht mehr entnehmen, als daß die Eheleute zu einer ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind. Dieser Aussage kann man jedoch nichts Wesentliches über die gesetzgeberische Auffassung von der Ehe entnehmen, schon gar nicht über das "Wesen" der Ehe. Die Verpflichtung der Eheleute zu einer Gemeinschaft brauchte nicht sonderlich festgestellt zu werden, diese Aussage entspricht schlechthin der Vorstellung einer Ehe. Über die einzelnen "Wesensmerkmale" dieser Institution ist jedoch § 1353 nichts zu entnehmen.

Es muß nunmehr auf die Motive zum BGB zurückgegriffen werden, um daraus nähere Kenntnis über die Auffassung des Gesetzgebers vom Wesen der Ehe zu erhalten.

II. Das Wesen der Ehe in den Materialien zum BGB

1. § 1353 - Die eheliche Lebensgemeinschaft

Aus den Materialien zum BGB [1] läßt sich entnehmen, daß es der Zweck dieser Vorschrift war, das persönliche Rechtsverhältnis zwischen den beiden Ehegatten durch ein allgemeines Prinzip, einen leitenden Grundsatz im Gesetz, zu bestimmen; zwar ergeben sich die persönlichen Rechte und Pflichten der Gatten direkt aus dem Wesen der Ehe und sind in erster Linie sittlicher Natur, sie haben jedoch auch eine rechtliche Seite. Den sittlichen Grundge-

1) Mugdan, Materialien S. 58 ff

danken durch einen Leitsatz auszudrücken empfahl sich deswegen, weil dadurch die über die rechtlichen Wirkungen der Ehe im einzelnen gegebenen Vorschriften ihre richtige Beleuchtung bekommen würden und weil dadurch zum rechtlichen Ausdruck gebracht werde, daß wie im Obligationenrecht Treu und Glauben, so im Eherecht das sittliche Wesen der Ehe die Grundlage bilde, von der bei der Auslegung des Gesetzes und der Beurteilung aller Rechtsverhältnisse der Ehegatten untereinander auszugehen sei. [1)]

Das geschah in deutlicher Abkehr von der in der Pandektenwissenschaft des vergangenen Jahrhunderts vorherrschenden Auffassung, daß die Ehe dem Rechte völlig entzogen sei. Das eheliche Verhältnis sei durch Treue und Hingebung gekennzeichnet und stehe einzig unter dem Schutz der Sitte. Hier greife nur das Sittengesetz ein, den Rechten und Pflichten der Ehepartner fehle die Rechtsnatur. [2)] Auch bei den Beratungen zum BGB wurden solche Stimmen gehört. [3)] Danach ist die Ehe eine vom Willen der Gatten

---

1) Gegen die Annahme dieses Satzes sprachen sich im Rahmen der vehementen Kritik an dem Gesetz u. a. aus: Hinschius, AcP, 74, 55 ff (79 ff), Jacobi, Eherecht S. 61 ff und Goldschmidt, Kritik S. 108 f. Goldschmidt: "Allein es ist völlig unerfindlich, wie gerade die Statuierung der Pflicht zur Lebensgemeinschaft auf das sittliche Wesen der Ehe deuten soll. Es gibt Lebensgemeinschaften mancherlei Art, deren Grundlage alles andere, nur nicht die Sittlichkeit ist. Den Zweck, um dessentwillen die Bestimmung in den Entwurf aufgenommen worden, vermag sie danach nicht zu erfüllen. Ist dies aber der Fall, so ist sie schlechthin überflüssig; denn im übrigen stellt sich auch dieser Satz lediglich als eine Abstraktion und zwar aus den Vorschriften über die Herstellung des ehelichen Lebens, über die Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft dar und ist für die praktische Rechtsanwendung überflüssig." So auch Wetzel, P., ArchBürgR, Bd. 26, S. 54 ff, mit dessen stark abweichender Meinung sich Gauss, Diss., S. 9 Rdn. 25 auseinandersetzt.

2) Insbesondere Savigny, System S. 345 ff; ähnlich, aber auch anders: Arndts, Lehrbuch S. 767; v. Gerber, System S. 450 ff; Sintenis, Civilrecht S. 86; Neuner, Privatrechtsverhältnisse S. 36f

3) Rede des Reichstagsabgeordneten und Kommissionsmitgliedes von Dziembowski-Pomian im Reichstag, Sten.Ber., S. 2917

unabhängige sittliche und rechtliche Ordnung, in der nicht das Prinzip der individuellen Freiheit herrschen darf.

Sie ist ihrem Begriff und ihrem Wesen nach unauflöslich. [1]

"Der Staat hat ein dringendes Interesse daran, darauf hinzuwirken, daß die Ehe als die Grundlage der Gesittung und der Bildung so sei, wie sie sein soll, und deshalb das Bewußtsein des sittlichen Ernstes der Ehe und die Auffassung derselben als einer vom Willen der Gatten unabhängigen sittlichen Ordnung im Volke zu fördern." 2)

Diese Aussagen gipfeln in der Behauptung, daß die höhere sittliche Stellung des weiblichen Geschlechtes - im Gegensatz zum Konkubinat - auf der Festigkeit der Ehe beruht. [3]

Es wird auch noch auf andere, ausführlichere, Ehegesetze verwiesen (Preußen, Sachsen, Frankreich, Österreich), dem zu folgen sei aber entbehrlich, weil einerseits die in den anderen Gesetzen hervorgehobenen Pflichten (Treue, Beistand, Zusammenhalten, eheliche Pflichten) sich aus dem Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft ergeben, andererseits sei eine genaue Aufzählung nicht zweckmäßig, da der sittliche Gehalt auch dadurch nicht erschöpfend behandelt sei. So schreibt Planck dazu, der sowohl der ersten als auch der zweiten Kommission angehörte:

"Der volle sittliche Gehalt der Ehe kann aber nicht in Rechtssätzen ausgeprägt werden. Am wenigsten soll das Recht in solchen Fällen, in welchen den sittlichen Anforderungen in verschiedener Art genügt werden kann, den Versuch machen, eine bestimmte Art und Form, als die gesetzlich allein zulässige festzustellen. Das Recht muß sich damit begnügen, die Grenzen zu bestimmen, innerhalb deren die Ehegatten, je nach ihren individuellen Verhältnissen, ihr eheliches Gemeinschaftsleben frei gestalten können." 4)

Hinschius schließt sich dem Verzicht des Entwurfs auf eine eingehende Spezialisierung an, weil die Rechte und Pflichten der Ehegatten

---

1) Mugdan, aaO S. 301
2) Mugdan, aaO S. 302
3) Mugdan, aaO
4) Planck, AcP, 75, 327 (349)

"überwiegend dem Gebiete der Sittlichkeit angehören und der sittliche Inhalt der Ehe durch eine Spezialisierung doch nicht erschöpft werden könne." 1)

Die richtige Begrenzung der hervorgehobenen einzelnen Pflichten sei doch nur durch ein Zurückgehen auf den allgemeinen Grundsatz des § 1353 zu gewinnen.

"Aus diesem Grundsatz folgt, daß die Gatten zu einer solchen Lebensgemeinschaft, aber auch nur zu einer solchen berechtigt und verpflichtet sind, wie sie dem Wesen der Ehe entspricht und wie sie unter Berücksichtigung des Wesens der Ehe nach den obwaltenden Umständen für Ehegatten sich gebührt und mit der rechten ehelichen Gesinnung vereinbar ist." 2)

2. §§ 1354 ff - Die Ehewirkungen

Betrachtet man noch weitere Regelungen der Ehe, so fällt besonders § 1354 auf, wonach in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten dem Manne die Entscheidung zusteht. In den Motiven wird ausdrücklich auf die entsprechenden Bestimmungen in den neueren Gesetzen hingewiesen (ALR, Code Civil, Sachsen, Österreich).[3] Diese Regelungen entsprachen der natürlichen Ordnung des Verhältnisses, der Mann sei das Haupt der Familie.[4] Auch das dazu gehörende Bestimmungsrecht des Wohnortes durch den Mann entspringe der natürlichen Stellung des Mannes in der Ehe.[5] [6]

---

1) Hinschius, AcP, 74, 55 ff (79)
2) Mugdan, aaO S. 59; ebenso Kohler, Eherecht S. 31
3) § 184 Teil II, Titel 1 ALR: "Der Mann ist das Haupt der ehelichen Gesellschaft; und sein Entschluß gibt in gemeinschaftlichen Angelegenheiten den Ausschlag."
4) Denkschrift, S. 266
5) Mugdan, aaO; zustimmend Kohler, Eherecht aaO
6) § 1354 wurde mit Wirksamwerden des Gleichberechtigungsgesetzes im Jahre 1957 ersatzlos aufgehoben. Zur geschichtlichen Entwicklung des Entscheidungsrechts ausführlich Kienzle, Diss., S. 13 ff

So ist es auch nur

"eine natürliche Folge der Innigkeit und der das ganze Leben umfassenden Bedeutung der ehelichen Gemeinschaft, daß beide Ehegatten denselben Familiennamen führen, gemäß § 1355." 1) 2) 3)

Im Gegensatz zu den anderen Gesetzgebungen (ALR, Sachsen und Österreich), die nur die Verpflichtung der Ehefrau zur Leitung des Haushaltes enthalten, wird in § 1356 auch die Berechtigung der Frau dazu aufgenommen. 4) Dies entspreche der deutschen Auffassung und Sitte. 5) Zur Mitarbeit im Hauswesen und im Geschäft des Mannes ist die Frau deshalb verpflichtet, weil es aus dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft folgt und aus dem Berufe der Frau.

War die Frau in älteren Rechten in ihrer Geschäftsfähigkeit eingeschränkt 6) und nur für befugt erklärt worden, bis zu einem gewissen Betrage über die Vermögen zu verfügen, so schließt sich der Gesetzgeber jetzt der "neueren Theorie und Praxis" an. 7) Das Schwergewicht der sog. Schlüsselgewalt liege in der Vertre-

---

1) Mugdan, aaO
2) § 192 Teil II, Titel 1 ALR: "Die Frau überkommt durch eine Ehe zur rechten Hand den Namen des Mannes"
3) § 1355 wurde durch das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 neu gefaßt.
4) Anders § 194 Teil II, Titel 1 ALR: "Sie ist schuldig, dem Hauswesen des Mannes nach dessen Stande und Range vorzustehen"
5) Hinschius, AcP, 74, 55 ff (79) hält §§ 1354, 1356 für völlig überflüssig: "Daß der Mann die leitende Stellung in der Ehe hat ..., daß der Frau nicht nur die Pflicht, dem Hauswesen vorzustehen, obliege, sondern ihr auch ein Recht darauf zukommt, alles dies folgt von selbst aus dem Wesen der Ehe, der ehelichen Lebensgemeinschaft."
6) Z. B. §§ 195, 196 Teil II, Titel 1 ALR, wonach die Frau ohne Einwilligung des Mannes kein Gewerbe betreiben darf oder sie keine Verbindung eingehen darf, "wodurch die Rechte auf ihre Person gekränkt werden."
7) Mugdan, aaO S. 65 mwN

tungsmacht, die der Frau zustehe, durch die sie im Namen des Mannes über dessen Vermögen verfügen darf, allerdings nur innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises.

Eng verknüpft mit der Problematik der Geschäftsfähigkeit der Frau war das Kündigungsrecht des Mannes nach § 1358, wenn sich die Frau einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet hatte und nach der Feststellung des vom Manne vor Kündigung anzurufenden Vormundschaftsgerichtes die Tätigkeit als Beeinträchtigung des ehelichen Interesses anzusehen war.

Über die nach dem neuen Recht bestehende "völlig unbeschränkte Geschäftsfähigkeit" der Frau, die "eine Neuerung von großer Tragweite" [1] darstellte und "jeden Rest des alten Mundiums oder ehemännlichen Vormundschaft rundweg aufhob", [2] wurde in den Beratungen nicht viel diskutiert, es wurde davon ausgegangen, daß sich aus dem Zusammenhang der Normen ergebe, daß die Frau nunmehr unbeschränkt geschäftsfähig sei. [3] Ein besonderer (auch beantragter) Ausspruch dieses Grundsatzes sei entbehrlich, er würde nur belehrenden Charakter haben. [4] Diese (angebliche) volle Geschäftsfähigkeit wurde von den Verfassern als eine deutliche Verbesserung der Stellung der Frauen in ihrem persönlichen Verhältnis in der Ehe angesehen. [5]

---

1) Eck-Leonhard, S. 401
2) Eck-Leonhard, aaO
3) Mugdan, aaO S. 737; Denkschrift, S. 268; Sten. Ber., S. 2915
4) Mugdan, aaO
5) Planck, Sten. Ber., aaO

3. §§ 1333, 1334 - Der Begriff "Wesen der Ehe" im Gesetzestext

Wurde bereits festgestellt, daß der Gesetzgeber sich ausgiebig in seinen näheren Erklärungen zum Gesetzestext des Begriffes "Wesen der Ehe" bedient, so findet sich dieser Ausdruck auch in zwei Bestimmungen des neuen Rechts, den Regelungen der Eheanfechtung.

Befand sich ein Ehegatte im Irrtum über Person oder Eigenschaft des anderen, so kann er die Ehe anfechten, wenn er sie bei "verständiger Würdigung des Wesens der Ehe" nicht geschlossen hätte, § 1333. Entsprechend bestimmt § 1334 das Anfechtungsrecht bei arglistiger Bestimmung zur Ehe.

Auch hier wäre ein näheres Eingehen auf das Wesen der Ehe durch den Gesetzgeber in den Materialien zu erwarten gewesen. Aber auch in diesen Fällen findet sich keinerlei Aussage des Gesetzgebers, das Wesen der Ehe bleibt unausgesprochen. Wohl finden sich längere Ausführungen über Sinn und Zweck der Eheanfechtung, die sehr interessant sind, da Argumente angeführt werden, die beim Scheidungsrecht verpönt waren. [1)]

So bleibt festzustellen, daß die Verfasser des BGB sowohl ohne nähere Erklärungen mit dem Begriff "Wesen der Ehe" argumentierten, als ihn auch dort, wo er explicite im Gesetz erscheint, unerörtert lassen. Das Wesen der Ehe wird nicht als erklärungsbedürftig angesehen.

---

1) Mugdan, aaO S. 42 ff, S. 722 ff

III. Kritische Betrachtung

Ein Vergleich des fast nichtssagenden Textes des § 1353 BGB sowie der oben genannten Regelungen der weiteren "Organisationsformen" [1] mit den verschiedenen und aussagereichen Ausführungen in den Motiven, läßt einige für die Frage nach dem Wesen der Ehe wichtige Erscheinungsformen der Gesetzgebung und der Auslegung erkennen. Dabei stehen zwei wesentliche Probleme im Mittelpunkt der Betrachtung: Zum einen soll die deutliche Diskrepanz zwischen dem Gesetzestext und der Ausfüllung dieser Regelungen durch die Begründung des Gesetzgebers betrachtet werden, zum anderen die Stellung der Frau in der Gesellschaft.

1. Gesetzestext und Auffassung zu den §§ 1353 ff

a) Der Gesetzestext der §§ 1353 ff

Wie oben ausgeführt, verzichtete der Gesetzgeber auf eine detaillierte Begriffsbestimmung der Ehe, sondern wollte mit dem äußerst kurz gefaßten § 1353 einen Grundgedanken durch einen Leitsatz ausdrücken. So erhebt sich hier die Frage, welche Aussage sich aus dem Text dieses Grundgedankens entnehmen läßt.

Bei rein äußerlicher - nur dem Wortlaut folgender - Betrachtung läßt sich entnehmen:

1. Ausgerichtet ist die Ehe auf eine ungeteilte Lebensgemeinschaft, zu deren Einhaltung sich die Eheleute verpflichtet haben.
2. Mann und Frau sind in der Ehe zu völlig gleichem Verhalten verpflichtet, es gibt keine Rangstellung zwischen Mann und Frau.

---

1) Scriba, Diss., S. 51; Planck, Sten. Ber., S. 2916

3. Alle Pflichten des sog. inneren Verhältnisses zwischen den Ehegatten sind durch § 1353 zu Rechtspflichten erhoben.[1] [2] Mehr läßt sich aus dem Gesetzestext nicht entnehmen. Mann und Frau sind nach dem Grundgedanken des Eherechts gleichberechtigt und zur gemeinsamen Lebensführung verpflichtet.

Ganz im Gegensatz zum ausgesprochenen Grundgedanken des § 1353, wird im Anschluß daran aber dem Mann eine deutlich höhere Rangstellung verliehen: Ihm steht das Entscheidungsrecht in allen gemeinschaftlichen Dingen zu, der Name des Mannes wird zum Familiennamen, zwar hat die Frau die Berechtigung, aber auch die Verpflichtung dem Hauswesen vorzustehen.

Der Gesetzestext enthält also einen deutlichen Widerspruch zwischen dem Leitsatz des § 1353 - Gleichberechtigung beider Ehepartner - und den Organisationsformen, mit ihrer Vorrangstellung des Mannes.

b) Die Auffassung des Gesetzgebers zu den §§ 1353 ff

Im Gegensatz zum Text des § 1353 äußerten sich die Verfasser recht ausführlich zum Wesen der Ehe. Wird im Text nur von der ehelichen Lebensgemeinschaft gesprochen, so hat der Gesetzgeber verschiedene Aussagen dazu gemacht, die nicht im Gesetzestext wiederkehren. (s. o. II 1)

---

1) Scriba, aaO S. 38 mwN; Planck, Gesetzbuch S. 92 ff; Staudinger-Engelmann, Bd. 4 1. Teil, 3./4. Aufl. Anm. 1 zu § 1353

2) Selbstverständlich erfaßt die Rechtsordnung nur das äußere eheliche Leben. Durch § 1353 werden solche sittliche Pflichten, die das innere Eheleben betreffen, wie Liebe, Gedanken etc., nicht vom Recht erfaßt. Wetzel, ArchBürgR, Bd. 26, S. 54 ff (73); Hanelt, Diss., S. 6 f; Johansson, G., Diss., S. 11 f

1. Es gibt ein Wesen der Ehe.
2. Es gibt eine sittliche Natur der Ehe, ein sittliches Wesen.
3. Die Lebensgemeinschaft muß dem Wesen der Ehe entsprechen.
4. Es gibt ein gebührendes Eheverhalten.
5. Es gibt eine richtige Gesinnung der Ehe.

Weiter ist festzustellen, daß, obwohl § 1353 die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der ehelichen Lebensgemeinschaft statuiert, dem Mann Vorrechte zustehen.

1. Aufgrund der natürlichen Ordnung des Verhältnisses.
2. Aufgrund der natürlichen Stellung des Mannes in der Ehe.
3. Aufgrund der Innigkeit und der das ganze Leben umfassenden Bedeutung der ehelichen Lebensgemeinschaft.
4. Aufgrund der deutschen Auffassung und Sitte.

Es erhebt sich hier die nächste Frage, ob wirklich ein Widerspruch im Gesetzestext vorhanden ist oder ob dieser offenbare Widerspruch nur in der heutigen Sicht als ein solcher erscheint.

2. Der Einfluß von Industrialisierung und Frauenbewegung auf das Ehebild der Jahrhundertwende

Vergleicht man den Text des § 1353 mit den Aussagen des Gesetzgebers, so läßt sich feststellen, daß der nichtssagende Begriff "eheliche Lebensgemeinschaft" von den Verfassern des Gesetzes durchaus mit Inhalt ausgefüllt wurde. Die Ausfüllung des Begriffes war durch das "Wesen der Ehe" möglich, das zur näheren Bestimmung diente. Aus ihm ließ sich die gewünschte Verhaltensweise für die eheliche Lebensgemeinschaft entnehmen. Welches Verhalten zu einer bürgerlichen Ehe im Sinne des Gesetzgebers gehörte, ergab sich aus dem vorhandenen Ehebild, aus dem Eheverständnis der damaligen bürgerlichen Gesellschaft.

In den Materialien zum BGB fällt auf, daß eine tiefgreifende Auseinandersetzung mit dem Eheverständnis dieser Zeit nicht stattgefunden hat, ein anderes Ehebild stand für den Gesetzgeber nicht zur Diskussion, da das vorhandene, patriarchalisch geprägte, zu gefestigt war. [1] Dies ist verwunderlich, da in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts eine Frauenbewegung entstanden war, die zur Zeit der endgültigen Beschlußfassung des Gesetzes, eine nicht mehr hinwegzuleugnende Entwicklung darstellte.

Waren die Frauen früher völlig der Gewalt der Männer unterworfen, nicht geschäftsfähig und ausschließlich auf die Tätigkeit als Hausfrau und Mutter fixiert, so begann mit der beginnenden Industrialisierung in Deutschland ab 1800 eine Veränderung dieser Struktur. Mit dem zunehmenden industriellen Aufbau veränderte sich der Aufgabenbereich der Frau, man kann sogar sagen, daß umgekehrt die Industrialisierung ohne die Tätigkeit der Frau nicht möglich gewesen wäre. [2]

1816 waren in Deutschland fünfmal soviele Männer erwerbstätig wie Frauen. Bereits dreißig Jahre später waren es nur noch dreieinhalbmal soviele Männer. Zur Zeit der beginnenden Arbeiten am neuen Gesetzbuch schnellte die Zahl der erwerbstätigen Frauen am sprunghaftesten in die Höhe: In den sieben Jahren von 1875 bis 1882 verfünffachte sich die Zahl der weiblichen Erwerbstätigen von 1,1 Millionen auf 5,5 Millionen! Parallel zu dieser Entwicklung wurden ab 1865 zahlreiche Frauenvereine und -verbände gegründet, die es sich zur Aufgabe gemacht hatten, zahlreiche sozialrechtliche Absicherungen und Erleichterungen für die weiblichen Erwerbstätigen durchzusetzen. [3]

---

1) So auch Kühn, Diss., S. 32 ff
2) Ausführlich dazu: Puder, Die Erwerbstätigkeit der verheirateten Frau, Diss. oec., Berlin 1932
3) Zur Problematik von Beruf und Ehe aus damaliger Sicht ausführlich Marianne Weber, Beruf und Ehe, 1905

Obwohl diese Entwicklung in Deutschland zu unglaublichen gesellschaftlichen Umschichtungen geführt haben muß, sperrten sich die weiterhin ausschließlich von Männern beherrschten staatlichen und gesellschaftlichen Einrichtungen gegen die neue Stellung der Frau im täglichen Leben. So sprach 1887 der Kölner Naturforschertag der Frau aufgrund ihrer "Natur und Bestimmung" (!) die Befähigung zum wissenschaftlichen Beruf ab und 1891 verweigerte der Reichstag die durch eine erneute Petition der Frauenbewegung eingebrachte Zulassung von Frauen zu den Universitäten. Noch 1894 wurde der Antrag der SPD, der Frau das Wahlrecht zu geben, vom Reichstag abgelehnt. [1] Doch waren auch im Reichstag auf dem linken Flügel eine Reihe von Abgeordneten, hier ist besonders August Bebel zu nennen, die sich eindeutig für eine Gesetzgebung einsetzten, die der neuen Stellung der Frauen Rechnung tragen sollte. So wandten sie sich besonders gegen das Bestimmungsrecht des Mannes im § 1354. Sie beantragten die ersatzlose Streichung dieses Paragraphen, weil er eine ungerechtfertigte Übermacht des Mannes darstellte. [2]

Die äußerste Linke unter Bebel beantragte sogar eine ausdrückliche Formulierung des Gleichheitsgrundsatzes:

"In allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten sind beide Ehegatten gleichberechtigt." 3)

Die Konservativen im Lande aber waren bei weitem in der Übermacht. Zwar befanden sich unter ihnen die ganz bewahrenden Kräfte wie die "Germanisten", allen voran Otto Gierke, [4] in der

---

1) Sämtliche Angaben aus: So ist es geworden, Schriftenreihe der IG Metall, Bd. 52
2) Sten. Ber., S. 2910 ff
3) Sten. Ber., S. 2913
4) Gierke, als einer der vehementesten Kritiker des neuen Rechts, pochte auf das deutsche Rechtsbewußtsein und wehrte sich gegen die Geschäftsfähigkeit der Frau. Das ehemännliche Mundium sollte beibehalten werden, der Mann sei schließlich der geborene Vertreter der Frau. Die Neuerungen sind nicht

Minderheit, aber wie es die berühmte Frauenrechtlerin des beginnenden 20. Jahrhunderts, Marianne Weber, formulierte, haben die

"Überkommenschaften der Vergangenheit doch, bei vielen anerkennenswerten Fortschritten im einzelnen, ein seinem Grundwesen nach patriarchalisches Familienrecht geschaffen." 1)

Bezeichnend für eine Gruppe konservativer, patriarchalisch gesinnter Abgeordneter war Planck. Zwar durchaus eine Verbesserung der rechtlichen Stellung der Frau begrüßend, [2] konnte er sich aus formal-juristischen Gründen nicht zur Aufgabe des ehemännlichen Entscheidungsrechts bewegen:

"Bei einer Gemeinschaft wie der ehelichen ist eine gewisse Organisation notwendig. Die Gemeinschaft besteht aus zwei Menschen, es kann also nicht die Mehrheit entscheiden. Wer soll nun entscheiden ... (daß) die Stimme des Mannes zunächst die entscheidende ist, ist ein Gedanke, der der natürlichen Auffassung und, ich glaube, auch der christlichen Auffassung entspricht." 3)

In den letzten Jahren vor Abschluß der Gesetzgebung reichten die Frauenverbände zahlreiche Petitionen ein, um eine Änderung der Normen zu erreichen, die nach ihrer Ansicht eine gleichberechtigte Stellung der Frau verhinderten. [4] Diese Gesuche fanden zwar Aufmerksamkeit bei den Abgeordneten, waren jedoch nicht geeignet, das vorhandene Verständnis zu verändern. [5] Es gab ein gesellschaftlich allgemein anerkanntes Eheverständnis, das als gegeben hingenommen wurde. Zwar wurde es mittlerweile von einigen Kreisen aufgrund der radikal veränderten Strukturen der

---

ein kräftiges deutsches Volksrecht, sondern es handelt sich hierbei nur um die letzten Konsequenzen des Individualismus, Entwurf, S. 402 ff

1) Marianne Weber, Rechtsentwicklung S. 412
2) Sten. Ber., S. 2915 ff
3) Sten. Ber., S. 2916
4) Dazu: Scherling, S. 30 ff; Jastrow, S. 17 ff; Sten. Ber., S. 2911
5) So z. B. Planck in der 114. Sitzung des Reichstages 1896, Sten. Ber., S. 2915; dazu näher M. Weber, Rechtsentwicklung S. 438 ff

Arbeitswelt (und damit durch die Erwerbstätigkeit der Frau auch veränderten Familienstrukturen) und der liberalen Tendenzen angezweifelt, es war jedoch in der breiten Bevölkerung vorherrschend. Dabei handelte es sich um die Auffassung der bürgerlichen wilhelminischen Gesellschaft der Jahrhundertwende: Althergebrachte Rollen- und Arbeitsverteilung, Abgrenzung zu anderen Gesellschaftsschichten, gesellschaftliche Ächtung von Außenseitern wie geschiedenen Frauen und unehelichen Kindern, empfindsames Reagieren auf gesellschaftliche Anerkennung etc. [1] Nach allgemeiner Auffassung gab es ein "Wesen der Ehe", das als bereits vorhanden, sozusagen als vorgegeben, akzeptiert wurde. Man ging davon aus, daß dieser Begriff von einer solchen breiten Allgemeinverständlichkeit war, daß sich eine nähere Auseinandersetzung damit erübrigte. Dieses Wesen entsprach dem überkommenen sittlichen Verständnis abendländisch-christlicher Tradition.

3. Die eingeschränkte Gleichberechtigung der Frau in den §§ 1353 ff

Ausgehend von dem oben skizzierten Ehebild der Jahrhundertwende, erklärt sich auch der scheinbare Widerspruch der gesetzlichen Regelung, das merkwürdige Nebeneinander von Gleichberechtigung der Ehegatten und Vorrangstellung des Mannes. Grundsätzlich war man der Auffassung, daß Mann und Frau in der Ehe gleiche Pflichten und gleiche Rechte haben, daß es keine Vorrangstellung einer der beiden Parteien gab. Da aber einige Fragen des ehelichen Lebens geregelt werden müssen, entsprach es durchaus der damaligen Auffassung der Gleichrangigkeit von Mann und Frau,

---

1) Ganz richtig macht Ernst Wolf in Wolf-Lüke-Hax S. 181 f auf die eindringlichen Werke von Schriftstellern wie Ibsen, Strindberg, Fontane, Maupassant u. a. aufmerksam.

wenn in diesen Dingen notwendigerweise einer der beiden Ehepartner - eben der Mann - ausschlaggebend war. In Abänderung der früheren absoluten Vorrangstellung des Mannes als pater familias, in Aufgabe der Muntgewalt des Ehemannes, war nach der Auffassung der Gesetzgeber des BGB nunmehr eine Gleichberechtigung von Mann und Frau gegeben. In Zweifelsfragen, die in der Tat in jeder Ehe geregelt werden müssen, war die Entscheidung einer Person, da bei nur zwei Ehepartnern nicht die Mehrheit entscheiden kann, [1] notwendig, so daß in dem Vorrang, der hier dem Mann zustand, keine Einschränkung der Gleichberechtigung gesehen wurde, sondern eine notwendige Regelung zur Organisation der Ehe im Sinne deutscher Auffassung und Sitte. Die oben unter III 1 b gestellte Frage, ob ein Widerspruch im Gesetzestext gegeben ist oder ob dieser offenbare Widerspruch nur in der heutigen Sicht als ein solcher erscheint, läßt sich somit dahingehend beantworten, daß eine sich widersprechende Regelung der §§ 1353 ff BGB nicht existierte, [2] sondern erst heute, in Anbetracht der Bestimmungen des Grundgesetzes, einen Gegensatz darstellt. Ein verfassungsrechtlicher Verstoß konnte darin auch nicht gegeben sein, da die Verfassung des Deutschen Reiches von 1871 keine Grundrechte und keinen Gleichheitsgrundsatz enthielt.

Die von der Frauenbewegung stark kritisierte Ungleichbehandlung durch das Kündigungsrecht des Mannes oder durch sein

---

1) So Planck, Sten. Ber., S. 2916; Zur "gesetzlich geschützten Vorherrschaft" des Mannes, die noch immer "unentbehrliches Formprinzip" sei, ausführlich M. Weber, Autorität und Autonomie in der Ehe, 1912

2) Bezeichnend für diese Auffassung sei die Arbeit von Scriba genannt. In seiner Dissertation (1912) über die persönliche Rechtsstellung der Ehegatten setzt er sich ausgiebig mit dieser Frage auseinander, jedoch nur unter historischen Gesichtspunkten, nicht aber mit der Frage der Gleichberechtigung, denn dem Manne stehe eben eine "organisatorische Stellung" innerhalb der Ehe zu, passim und S. 97 ff

Entscheidungsrecht, wurde von der herrschenden Meinung mit der im Gesetz vorgesehenen Mißbrauchsbeschwerde vor dem Vormundschaftsgericht abgetan. [1) 2)]

IV. Die Verwendung unbestimmter generalklauselartiger Begriffe - Das Wesen der Ehe als rechtstheoretischer Begriff

Der Gesetzestext und die Aussagen in den Materialien zeigen, daß der Gesetzgeber sich zur Durchsetzung seiner Vorstellungen des Mittels der Verwendung unbestimmter generalklauselartiger Begriffe bedient. Das kann sogar in doppelter Weise geschehen: In § 1353 BGB wird der Begriff "eheliche Lebensgemeinschaft" verwandt, der wiederum durch einen weiteren unbestimmten generalklauselartigen Begriff erklärt wird, nämlich durch das "Wesen der Ehe".

Dem Rahmen dieser Arbeit entsprechend braucht nicht grundsätzlich und ausführlich auf die rechtstheoretische Seite der unbestimmten Begriffe und Generalklauseln eingegangen zu werden, zumal dieser Themenkreis - vornehmlich in den letzten Jahren - einer ausführlichen Betrachtung unterzogen worden ist. [3)] Da die rechtstheoretische Seite des Begriffs "Wesen der Ehe" für diese Arbeit von besonderer Bedeutung ist, erscheint es dennoch angebracht, auf einige Besonderheiten dieser Begriffe soweit einzugehen, als es für das gestellte Thema notwendig ist.

---

1) Für viele: Eck-Leonhard, S. 400
2) Dabei wurde bezüglich § 1357 dieses Recht der Frau erst durch eine Petition des Bundes der Frauenvereine durchgesetzt.
3) "Generalklauseln sind allgemeiner Aufmerksamkeit sicher, auch heute noch, obwohl wir Klarheit gewonnen haben über ihre Funktion, über ihre Grenzen und über die mit ihnen verbundenen Gefahren", Gernhuber, Neues Familienrecht S. 101

Nicht behandelt werden Definition, Begriff und Abgrenzung zu anderen Begriffen der Generalklauseln. Grundsätzlich soll hier gelten: Der Begriff "Wesen der Ehe" ist ein Phänomenbegriff, der ein typisch soziales Phänomen des Lebens bezeichnet und eine Wertausfüllung durch den Rechtsanwendenden erfordert.

Das "Wesen der Ehe" läßt sich sowohl als unbestimmter Begriff bezeichnen als auch als Generalklausel. Beide Bezeichnungen lassen sich nach wohl zutreffender Meinung nicht aufgrund brauchbarer methodologischer Erkenntniswerte differenzieren. Nach einer rein formalen Lösung könnte man allerdings den Begriff "Wesen der Ehe" als unbestimmten Begriff bezeichnen, wobei jedoch für die Aussage über diesen Phänomenbegriff und seine unterschiedliche Auslegung nichts gewonnen wäre.

In der weiteren Arbeit soll deshalb der wohl umfassendere Ausdruck der Generalklausel Verwendung finden. [1)]

1. Das Kryptoargument - Das Wesen der Ehe als Wesensargument

Der Begriff des Wesens ist ein übliches, häufig verwandtes juristisches Argument; ständig wird mit dem Wesen einer Sache, eines Rechtsinstitutes oder eines Rechtsverhältnisses argumentiert. Aussagen, die das Wesensargument selbst aufhellen könnten, sind jedoch kaum zu finden. So kann hier nur die Arbeit von Scheuerle herangezogen werden, in der sorgfältige Studien zum Wesensargu-

---

1) Dazu insbesondere: Class, Generalklauseln; Coing, Rechtsphilosophie; Engisch, Einführung; Esser, Grundsatz und Norm; ders., Vorverständnis; ders., JZ 53, 521 ff; Henke Tatfrage; Henkel, Rechtsphilosophie; Jesch, AöR, 82 (1957) S. 163 ff; Larenz, Methodenlehre; Rüthers, Auslegung; Streck, Dissertation; Venzlaff, Rechtsgefühl; v. Hippel, Richtlinie und Kasuistik; Werner, Generalklausel; Wieacker, Präzisierung.

ment zu finden sind. [1] Hier ist nicht der Platz, sich ausgiebig mit dem Problem des Wesensargumentes auseinanderzusetzen. Es sollen nur zwei Erkenntnisse aus den Studien Scheuerles herangezogen werden.

Wichtigste Erkenntnis ist, daß es sich bei dem Wesensargument um ein sog. Kryptoargument handelt, d. h. es ist ein argumentativ angewandter Begriff, hinter dem sich die eigentlichen Argumente verbergen. [2] Eine Argumentation, die aussagt, diese oder jene Handlung sei mit dem Wesen der Ehe unvereinbar, sagt in Wirklichkeit nur aus, daß die betreffende Handlung mit dem, was die Ehe für den Aussagenden darstellt, unvereinbar ist. Worin denn aber das Wesen besteht, warum denn nun dieses Wesen für die Betroffenen von Bedeutung ist, dies sagt das Wesensargument - als Kryptoargument - nicht aus.

Damit ist auch die zweite Erkenntnis gewonnen: Das Wesensargument entbehrt der Klarheit, [3] denn es ist nicht sofort ersichtlich, welches Argument für die Entscheidung ausschlaggebend ist. Damit kann das Wesensargument leicht in Widerspruch zu rechtsstaatlichen Grundsätzen geraten. [4] Es entspricht grundsätzlichen rechtsstaatlichen Anforderungen, daß dem Betroffenen die Begründung für eine Entscheidung ersichtlich sein muß. Verbirgt sich jedoch der eigentliche Beweggrund für eine Entscheidung hinter einem Kryptoargument, kann dies rechtsstaatlichen Ansprüchen nicht genügen.

An der bereits angeführten doppelten Verwendung von Generalklauseln zeigt sich deutlich das Strukturmerkmal des Krypto-

---

1) Scheuerle, Das Wesen des Wesens, AcP, 163, 429
2) Scheuerle, aaO S. 430
3) Scheuerle, aaO S. 431
4) Es kann nicht Bestandteil dieser Arbeit sein, auf die verfassungsrechtliche Seite von Generalklauseln einzugehen, dazu: Maunz-Dürig-Herzog, Kommentar Art. 2 I Rdn. 16, 17, 57, 132, 138; Art. 20 Rdn. 90; Art. 21 Rdn. 88 jeweils mwN

arguments: Weder aus der ehelichen Lebensgemeinschaft noch aus dem Wesen der Ehe läßt sich das Ehebild entnehmen. Erst aus den näheren Aussagen des Gesetzgebers läßt sich dies erkennen. So ergebe sich z. B. das Bestimmungsrecht des Wohnortes durch den Mann aus dem Wesen der Ehe. [1] Hinter diesem Kryptoargument verbirgt sich in Wirklichkeit die alte Vorrangstellung des Mannes, dem früheren "pater familias", die dem Gesetzgeber als die "natürliche" Stellung des Mannes erschien und die auch die neue "Gleichberechtigung" von Mann und Frau prägte.

2. Die essentiellen Merkmale der Generalklauseln

Es sind drei Eigenheiten zu nennen, durch die sich Generalklauseln von anderen Begriffen abheben.

Zuerst die Tatsache, daß bei Generalklauseln dem Wertungsmoment eine wesentliche Bedeutung zukommt, d. h. die durch den Rechtsanwendenden erfolgende Wertung spielt hier eine entscheidende Rolle. Weiterhin - eng mit diesem Merkmal verknüpft - die bei dieser Wertung notwendige Heranziehung außerhalb der Norm liegender Werte, die Heranziehung sozialethischer Werte. Schließlich bleibt noch die Tatsache zu nennen, daß diese sehr breite Bestimmung des Begriffs eine lückenfüllende Wirkung hat, die hier kurz die legislative Wirkung genannt werden soll.

---

1) Mugdan, aaO S. 59

a) Das Wertungsmoment

Der heute längst überholte Gesetzespositivismus war davon ausgegangen, daß Gesetze so eindeutig zu erlassen seien, daß Rechtsanwendung sich auf die "Verwendung" eines Gesetzes beschränken könnte. Dies hatte eine doppelte Bedeutung:

Erstens: Nach dieser Ansicht ließen sich Gesetze so eindeutig, umfassend und abschließend formulieren, daß ein weiteres Zutun wie eine Wertung nicht mehr nötig ist. Zweitens: Der das Gesetz Anwendende hatte nach dieser Ansicht nur insoweit in Form einer logischen Operation tätig zu werden, als untersucht werden sollte, ob der zu regelnde Sachverhalt sich unter die betreffende Norm einordnen läßt mit dem Ergebnis, daß sich die Rechtsfolge dann einfach ablesen ließe, so wie ein Ergebnis auf einem Rechenschieber. Nach Montesquieu sollte der Richter nichts anderes sein, als ein Mund, der die Gesetze ausspricht: "Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n´en peuvent modérer ni la force ni la rigueur." [1] Bockelmann hat das treffend bezeichnet: "Die richterliche Gesetzesanwendung soll maW funktionieren wie ein Automat mit der einzigen Besonderheit, daß der funktionierende Apparat kein mechanischer, sondern ein logischer Automatismus ist." [2]

Daß eine solche Auffassung nicht haltbar ist, braucht heute nicht weiter begründet zu werden. Rechtsanwendung hat stets nach zweckmäßigen und wertenden Kriterien vorzugehen.

Die rein logische Subsumtion hat höchstens eine vorbereitende Bedeutung. [3] [4] Jede Anwendung einer Norm erfordert eine

---

1) Montesquieu, De l´Esprit des Lois, 11. Buch, Kap. 6
2) Bockelmann, Richter und Gesetz S. 26
3) Coing, Grundzüge S. 274
4) Auch dies wird in unserer Zeit in Frage gestellt, hier sollen nur die Stichwörter "Vorverständnis" (Esser) und "Rechtsgefühl" (Venzlaff) genannt werden.

Wertung. Hierbei handelt es sich nicht nur um die Wirkung des speziellen Falles, sondern viel weitgehender geht nach Esser [1] derjenige, der einen Fall zu lösen hat, bereits mit einem spezifischen "Vorverständnis" an die Beurteilung von Sachverhalt und Tatbestand heran.

Speziell bei Generalklauseln jedoch erfordert die Situation, noch über den gewöhnlichen Einsatz persönlicher Momente hinaus, eine konkrete Stellungnahme. [2] Es ist ein Unterschied in der persönlichen Beteiligung des Richters, ob er § 929 BGB oder ob er § 242 BGB wertet oder ob es seiner Wertung obliegt, dieses oder jenes Verhalten eines Ehegatten als mit dem Wesen der Ehe vereinbar zu beurteilen. Hier zeigt sich auch, daß der Unterschied zwischen Generalklauseln und den übrigen (bestimmten) Normen kein qualitativer sondern ein quantitativer oder gradueller ist. [3] Weil eine Wertung durch den Normanwender nötig ist, essentiell nötig ist, wird hier die logische Struktur der Urteilsfindung äußerst stark durch rein subjektive Momente überlagert. [4]

Findet nun diese unerläßliche Wertung statt, so entsteht die Frage, wie man diese Wertung aufzufassen hat. Es fragt sich, ob diese Wertung denn nichts anderes sein kann als eine rein subjektive Aussage, die ihre allgemein verbindliche Bedeutung ("im Namen des Volkes") nur noch durch die Formalstruktur des Gerichtsverfahrens erhält oder ob eine solche Wertung auch aus sich heraus den Anspruch einer verbindlichen Rechtsaussage haben kann.

Grundsätzlich wird die Wertung durch den Rechtsanwendenden die Bedeutung einer Stellungnahme haben. [5] So wird auch in neuerer Zeit in zunehmendem Maße vertreten, daß die Bewertung sub-

---

1) Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, passim
2) Larenz, Methodenlehre S. 275; Coing, aaO S. 168
3) Streck, Diss., S. 24; Jesch, AöR, 82, 163, 167; Esser, Grundsatz und Norm S. 151
4) Jesch, aaO S. 171
5) Larenz, aaO; Coing, aaO

jektiv geprägt sei von seinem Rechtsgefühl. [1] Es handelt sich um eines der bedeutenden Probleme der modernen Rechtstheorie und kann hier nicht erörtert werden. Für die vorliegende Arbeit genügt es festzustellen, daß die Urteilsfindung, d. h. der logische Gedankenweg ein psychologisch äußerst komplexer und verwickelter Prozeß ist, [2] und daß dazu auch das Judiz von erheblicher Bedeutung ist. Aber, und das erscheint wohl entscheidend für die Frage, ob der Wertung des Bewertenden nur rein subjektive Bedeutung zukommt: Das Judiz des Rechtsanwendenden ist nicht etwas a priori Vorhandenes, etwas Vorgegebenes, sondern es wird geprägt durch Wertvorstellungen einer Epoche, durch deren Kultur und durch die Kenntnis der Grundlinien der geltenden Rechtsordnung. Diese Grundlinien wiederum ergeben sich aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, aus den Standards etc. [3]

Deutlich muß vermerkt werden: Zwischen der Bindung des Richters an das Gesetz - einem verfassungsrechtlichen Gebot - und der Freiheit des Richters - seiner legislativen Funktion - besteht ein antinomisches Verhältnis, das sich in einem ständigen Spannungsfeld bewegt und einerseits zur Erarbeitung zu billigender Entscheidungen notwendig ist, andererseits zu Spannungen, sogar zu Unverständnis führen kann, d. h. zu Entscheidungen "im Namen des Volkes", ohne daß dieses Volk sich damit identifizieren könnte.

---

1) Scheuerle, Rechtsanwendung S. 111 f, 162; Venzlaff, Rechtsgefühl, passim und S. 62
2) Jesch, aaO S. 170 f
3) Jesch, aaO S. 169 mwN; Esser, Grundsatz und Norm, passim; Dubischar, Grundbegriffe, passim.

b) Der Einfluß außernormativer Werte

Eng verknüpft mit der Wertung eines unbestimmten Begriffes ist die Tatsache, daß eine solche Wertung ein notwendiges Zurückgreifen auf außerhalb der Norm liegende Argumente fordert. Für das Wesen der Ehe sei dies an den Beispielen der §§ 32, 33 EheG gezeigt: In § 32 EheG hat der Ehegatte, der sich in einer persönlichen Eigenschaft des anderen geirrt hat, nur dann einen Grund zur Aufhebung der Ehe, wenn er bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe diese nicht eingegangen wäre. Im Falle des § 33 EheG (Arglistige Täuschung) verlangt das Gesetz sogar eine richtige Würdigung von ihm. Hier muß der Normanwendende also auf seine Vorstellungen bzw. auf die - seiner Ansicht nach - "geltenden" Vorstellungen (wessen Vorstellung?) zurückgreifen, d. h. er muß hier soziale, religiöse, ethische, soziologische, moralische usw. Vorstellungen heranziehen!

So ist mit Recht gesagt worden, Generalklauseln haben einen moralisierenden Charakter, [1] z. B. "Treu und Glauben", "sittlich", "billig" etc. Die Generalklauseln verweisen auf sozial geltende Maßstäbe, wobei diese sozialethischen Verhaltensweisen sich nicht festlegen lassen. [2]

Vollends fragwürdig wird die Anwendung von unbestimmten Begriffen und Generalklauseln durch eine Tatsache, auf die Esser aufmerksam macht: Die weite Fassung im Gegensatz zu bestimmten Normen verführt zu der Verwechslung dieser Begriffe mit Rechtsprinzipien. [3] Aus der Generalität der Anweisung ziehe man den Schluß, es handle sich um ein grundlegendes Prinzip. Der Unterschied zwischen einer prinzipiellen Aussage und einer

---

1) Class, Generalklauseln S. 132; Werner, Generalklauseln S. 6 f
2) Wieacker, Präzisierung S. 12 f
3) Esser, aaO S. 95

unbestimmten Norm sei aber nicht eine Frage der formalen Fassung sondern der Qualität. Unterschieden werden muß also zwischen dem Prinzip und einer Technik der Normbildung. [1)]

Für den Begriff Wesen der Ehe bedeutet dies: Der Rechtsanwendende muß sich angesichts einer Wertung eines Sachverhaltes fragen, ob dieser dem Wesen der Ehe entspricht. Was nun unter dem Wesen zu verstehen ist, erfordert wiederum den Rückgriff auf außernormative - sozialethische - Vorstellungen, die im Grunde nicht faßbar sind. So fragt es sich dann in diesem Falle, wessen Auffassung vom Wesen der Ehe die "zutreffende" ist: Die der Mehrheit der Bevölkerung (?), die einer weit verbreiteten Religion oder gar die der betroffenen Eheleute. Nur unter Heranziehung einer Fülle äußerst komplexer, außerhalb der Norm liegender Momente läßt sich hier eine Lösung für diesen Fall finden, eine Festlegung des Begriffes ist aufgrund der sich wandelnden sozialethischen Momente nicht möglich.

In dem Vergleich zwischen Gesetzestext und den Materialien zeigen sich deutlich sowohl die Merkmale des Wertungsmoments als auch der Einfluß außernormativer Werte. Begriffe wie "eheliche Lebensgemeinschaft" und "Wesen der Ehe" sind nur durch eine inhaltgebende Wertung unter Zuhilfenahme außernormativer Werte möglich. Bereits in den Materialien zeigt sich diese Besonderheit durch die Aussagen über das sittliche, das richtige und das gebührende Verhalten der Ehegatten.

---

1) Esser, aaO S. 97

c) Die legislative Funktion

Gesetze, die Generalklauseln enthalten, nennt Streck mit Recht eine Form der Technik des Gesetzgebers. [1] Dieser hat einmal die Möglichkeit, seine Absichten so zu formulieren, daß sich für den Rechtsanwender (auch den Betroffenen!) klar diese und keine andere Rechtsfolge auf einen bestimmten Sachverhalt ergibt. Grob ausgedrückt: Rechtsanwendung. Anders ist es jedoch dann, wenn der Gesetzgeber entweder seine Absichten nicht offen ausdrücken kann oder will. Der Gesetzgeber ist außerstande einen Problemkreis zu regeln, der sich in seiner Komplexität und in seiner Problematik nicht eindeutig und umfassend regeln läßt.

Möglich ist es aber auch, daß ein Fragenkreis zwar erfaßbar ist, der Gesetzgeber ihn nicht umfassend regeln will, weil es sich beispielsweise um so spezielle Dinge handelt, die befriedigend nur von Fall zu Fall geregelt werden können. Speziell im Eherecht dürfte es sich um die Situation handeln, daß der Gesetzgeber weder dieses Rechtsgebiet umfassend und befriedigend regeln kann noch will. Hier tritt nun die legislative Funktion der Generalklausel ein: Der Gesetzgeber überläßt der Judikative ein Stück Gesetzgebung. [2] Dem Richter, der die Generalklausel zu handhaben hat, kommt eine Rechtsetzungsfunktion zu, ihm obliegt, wie Hedemann es in seiner berühmten Schrift "Die Flucht in die Generalklauseln" schon 1933 nannte ein "Stück offengelassene Gesetzgebung" [3] oder wie Wieacker es nannte "Rechtsneubildung". [4] [5]

---

1) Streck, Diss., S. 21
2) Streck, aaO S. 24; Rüthers, Auslegung S. 267 f; Esser, Grundsatz u. Norm S. 150; ders., Vorverständnis S. 57; Jesch, AöR, 82, 169 mwN
3) Hedemann, aaO S. 57 ff
4) Wieacker, Präzisierung S. 15
5) Fragwürdig erscheint hier die Bezeichnung Dubischars, Grundbegriffe S. 83, "Selbstaufgabe der Norm", denn dies bedeutet einerseits, daß eine Norm grundsätzlich den zu regelnden

Der Rechtsanwendende wird gezwungen je nach Lage des Einzelfalles zu sagen, was unter dem Wesen der Ehe zu verstehen sei. Er muß mit seiner "Anwendung" oder besser "Verwendung" des Begriffes Recht bilden, aussagen, dieses oder jenes sei in diesem Falle "Recht". Zutreffend kann man sagen, daß also sich das Recht in der Kasuistik entfaltet und damit in den Kommentaren stehen muß.

Dieser Fragenkreis greift unmittelbar in den Problemkreis Gesetzesrecht - Richterrecht ein [1], der hier nicht weiter zu erörtern ist. Festzustellen bleibt: Generalklauseln verlagern ein Stück der legislativen Tätigkeit in die Judikative, so daß jede Anwendung des Begriffes "Wesen der Ehe" ein Stück Rechtsneubildung darstellt.

Auch die legislative Funktion generalklauselartiger Begriffe läßt sich bei einem Vergleich des Gesetzes mit den Materialien zum BGB erkennen: Eine genaue Spezialisierung der Rechte und Pflichten der Gatten sei unnötig (und auch nicht möglich), da eine richtige Begrenzung doch nur durch ein Zurückgehen auf den allgemeinen Grundsatz des § 1353 BGB zu gewinnen sei. [2] Hier wird dadurch die - notwendige - Spezialisierung im einzelnen Fall auf die Richter übertragen. Die Ausführungen in den Materialien gaben aber andererseits dem Urteilenden recht genaue Anhaltspunkte über die nähere Spezifizierung der Generalklausel des § 1353. So findet man an keiner Stelle des Gesetzestextes einen Hinweis auf die Unauflöslichkeit der Ehe. Dagegen steht in den Motiven explicite, daß die Ehe ihrem Begriff und ihrem Wesen nach unauf-

---

Sachverhalt abschließend und umfassend regeln muß, wenn sie sich nicht "aufgeben" will, andererseits verkennt aber diese Bezeichnung auch, daß schlußendlich - ob nun bestimmt oder unbestimmt - eine Wertung des Rechtsanwendenden erfolgen muß.

1) Werner, Generalklauseln S. 7
2) Mugdan, aaO

löslich sei. [1] Der Gesetzgeber überläßt hier dem Richter einerseits die nähere Ausformung des Gesetzes, gibt ihm durch Generalklauseln die Möglichkeit zu flexibler Rechtsprechung, bindet ihn aber andererseits durch seine Aussagen an eine bereits feststehende Auslegung.

Durch die Generalklausel des § 1353 und die dazugehörigen Ausführungen (auch zu den weiteren Organisationsformen) in den Motiven ergibt sich somit das typische Bild der Verwendung unbestimmter generalklauselartiger Begriffe.

V. Zusammenfassung

Entsprechend der Entwicklung im 18. und 19. Jahrhundert enthält das BGB absichtlich keine Definition des Begriffs "Wesen der Ehe". Die Fassung des § 1353 ist so allgemein und nichtssagend, daß sich ihr für die nähere Ausgestaltung des Begriffs nichts entnehmen läßt.

Im Gegensatz zur unbestimmten Formulierung des Gesetzes, aus der sich hätte entnehmen lassen, daß der Gesetzgeber von keinem festen Wesensbild der Ehe ausgehe, kann man aus den Materialien entnehmen, daß sich die Verfasser des Eherechts von sehr genauen Vorstellungen haben leiten lassen. Da eine genaue (nämlich überkommene) Auffassung vorherrschte, war die generelle Bestimmung des Wesens der Ehe kein Gegenstand der im übrigen sehr umfangreichen Erörterungen im Rahmen der Vorarbeiten; man ging davon aus, das gesellschaftliche Ehebild werde sich im Gesetz widerspiegeln.

Verwirklichen ließ sich die genaue Ehevorstellung des Gesetzgebers nur durch die Verwendung von zahlreichen Generalklauseln. Dabei wurden im Rahmen der näheren Ausführungen zum Gesetz

---

1) Mugdan, aaO S. 301

Generalklauseln durchaus auch wiederum durch Generalklauseln ausgelegt. Hinter den Generalklauseln (Kryptoargument) verstekken sich auf einer anderen Ebene die eigentlichen Entscheidungskriterien. Durch sie fließen erst die wertenden und außernormativen Momente in die Entscheidungsfindung ein. Die sog. legislative Funktion der Generalklauseln kommt in den Regelungen der §§ 1353 ff recht eigenartig zum Ausdruck. Einerseits zwingt die knappe Fassung des § 1353 den Anwendenden dazu, sie auszufüllen, andererseits hat der Gesetzgeber in den Materialien so dezidierte Meinungen geäußert, daß ein Bewegungsraum im Sinne generalklauselartiger Weite eigentlich nicht mehr gegeben ist.

Das wohl bedeutendste Beispiel für die Auslegung des Gesetzes durch den Gesetzgeber mit Hilfe der Generalklauseln ist die Aufstellung des Unauflöslichkeitsprinzips der Ehe, obwohl dies nirgends normiert worden ist.

Das Wesen der Ehe entspricht völlig dem Gesellschaftsbild der gehobenen bürgerlichen Mittelschicht der Jahrhundertwende, bestimmt von dem überlieferten Rollenverständnis der Ehegatten und einer eindeutigen Dominanz des Mannes unter Negierung der veränderten Stellung der Frau in einer ständig expandierenden industrialisierten Gesellschaft.

> Mit weit mehr Berechtigung kann man von einer Unterordnung der Frau zugunsten einer einheitlichen, dem Bewußtsein des deutschen Volkes Rechnung tragenden Gestaltung des Ehelebens sprechen.
>
> Hillgenberg, Dissertation S. 80

Zweiter Teil

Das Eheverständnis im Kaiserreich 1900 - 1918

I. Zum neuen Bürgerlichen Gesetzbuch - Einleitung und zur weiteren Darstellung

Bei dem hier zu betrachtenden Zeitraum handelt es sich um das letzte Drittel des deutschen Kaiserreiches und zugleich die ersten zwei Jahrzehnte der Geltung des neuen Bürgerlichen Gesetzbuches.

Von Boehmer [1] als ein Kompromißgeschöpf bezeichnet, spiegelt das BGB eine Verbindung zwischen den alten monarchisch-ständischen Kräften einerseits und dem aufstrebenden Bürgertum andererseits wider. Träger des Kodifikationsgedankens war vorwiegend das liberale Bürgertum, das den Reichstag prägte und auch die geistige Führung in Jurisprudenz und Justiz beanspruchte. [2]

Durch die in der zweiten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts vorwärtsstrebende Entwicklung und die mehrere Jahrzehnte in An-

---

1) Boehmer, Einführung S. 83
2) Isele, AcP 150, 1 ff; Ramm, Einführung, I, G13; Dölle, Festrede S. 14 ff

spruch nehmenden Entwicklungsarbeiten des Gesetzes, gab das BGB zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens in vielen Bereichen einen Rechtszustand wieder, der durch den wirtschaftlichen und industriellen Aufschwung überholt war.

Durch die einsetzende Industrialisierung und die mit ihr verbundene Entstehung neuer bürgerlicher und großbürgerlicher Schichten, [1] waren entsprechende Änderungen gesellschaftlicher Auffassungen zu erwarten. Jedoch geschah dies nur äußerst langsam und hielt keinesfalls Schritt mit der sich immer schneller entwickelnden Veränderung wirtschaftlicher Zusammenhänge.

Darüberhinaus gehörten seit eh und je die juristischen Kreise zu den Bevölkerungskreisen, die nicht einer schnellen Anpassung an gesellschaftliche Veränderungen unterliegen. [2] So finden sich im BGB kaum Auswirkungen der wirtschaftlichen und sozialen Veränderung in Deutschland, der Umschichtung vom Agrar- zum Industriestaat, der neu entstehenden Ballungsräume, des Massenverkehrs und der gesellschaftlich so einschneidenden fortschreitenden Emanzipation der Frau mit ihrem zunehmenden Einfluß in allen Angelegenheiten des täglichen Lebens. [3] Treffend stellt Laufs in aller Kürze fest, daß das BGB patriarchalische Merkmale bewahrte und das Familienrecht durch eine altbürgerliche Bevorzugung des Mannes geprägt ist. [4]

Die Veränderung gesellschaftlicher Auffassungen wird auch dadurch geprägt, daß der Einfluß neustrukturierter wirtschaftlicher Zusammenhänge (mit allen gesellschaftlichen Folgen) auf soziale Auffassungen abhängig ist von dem jeweiligen Standort des betreffenden sozialen Gefüges. In ländlichen Gegenden hielten sich

---

1) Hierzu: Born, Strukturwandel S. 458 f
2) Zur personellen Zusammensetzung der Gremien während der Gesetzgebungsarbeit: Ramm, aaO L 191 ff; Molitor-Schlosser, Grundzüge S. 84 ff
3) Laufs, Rechtsentwicklungen S. 235; Isele, aaO S. 2
4) Laufs, aaO

überkommene Strukturen länger stabil als in den sich ständig vergrößernden urbanen Gegenden. So stellt der Historiker Wehler fest:

"In den ländlichen Gebieten Deutschlands hielt sich damals häufig noch die Großfamilie (die Kernfamilie des Ehepaars und seiner Kinder einschließlich der Großeltern und einiger Verwandter) aber auch hier vollzog sich, wenngleich nicht so ruckartig wie in den größeren Städten, der Übergang zur Kleinfamilie mit erheblich reduzierter Komplexität der vermittelten Erfahrungen. Das normative Leitbild dieser Kleinfamilie bildete ein die Entscheidung fällender Pater familias, dem die Mutter auch rechtlich untergeben war, während die Kinder wiederum bis zur Volljährigkeit von beiden abhängig blieben. Es kann kaum ein Zweifel herrschen, daß diese autoritäre Binnenstruktur der Familien weiterhin als verbindlich galt und u. a. ganz spezifische Formen des Generationskonflikts, namentlich des Vater-Sohn-Verhältnisses, bedingte. Ebensowenig kann aber bestritten werden, daß es durchaus - vor allem seit den 1890er Jahren - eine schichteigentümliche Auflockerung gab, wobei auch damals schon größere Liberalität und großzügigere Erziehung an steigendes Bildungsniveau und materielle Sicherheit gebunden gewesen zu sein scheinen." 1)

Für die Betrachtung der Äußerungen von Rechtsprechung und Literatur im Familienrecht muß man sich die verschiedenen Fakten vergegenwärtigen: Soziale Herkunft der Richter und der Rechtswissenschaftler, die jahrzehntelangen Vorarbeiten am Gesetz, durch die dieses mit der Entwicklung kaum standgehalten hat, die umfangreichen Aussagen des Gesetzgebers zum Gesetz (Materialien) 2) und schließlich eine unveränderte verfassungsrechtliche Lage sind prägende Merkmale dieser Zeit. Noch beherrscht von einem juristischen, begriffslogisch arbeitenden Positivismus, 3) war von den beiden rechtsentwickelnden Institutionen, in der Gewißheit mit dem neuen BGB vielfach Neuland zu betreten, nur eine vorsichtige, abwartende und auf althergebrachten Anschauungen fußende Rechtsentwicklung zu erwarten. Wie Isele treffend bemerkt, hatte die Offenlegung der Gesetzesmotive Tür

---

1) Wehler, Das Deutsche Kaiserreich S. 123
2) Dazu Isele, aaO S. 10
3) Molitor-Schlosser, aaO S. 91

und Tor für einen blühenden Materialienkult geöffnet. Aus dem Gesetz wurden die Entscheidungen nunmehr logisch-deduktiv abgeleitet. [1]

Die Untersuchung der Literatur und Rechtsprechung ergibt ein sehr unterschiedliches Bild. Ganz allgemein kann gesagt werden, daß wenig Aussagen zum Begriff des Wesens der Ehe zu finden sind. So gibt es in den Kommentierungen zu den §§ 1353 ff so gut wie keine verwertbaren Aussagen zum Wesen der Ehe, dafür um so zahlreichere in der monographischen Literatur. Dort finden sich im wesentlichen mehr oder weniger ausführliche Wiederholungen der Aussagen des Verfassers des BGB, d. h. es wird nur äußerst knapp, unter Verwendung von Formulierungen aus den Materialien und unter Bezug auf das sittliche Wesen der Ehe, davon ausgegangen, daß damit über die Ehe alles notwendige gesagt sei, der Rest erschöpft sich dann in detaillierten Ausführungen zu speziellen Problemen. [2] Vereinzelt werden die gesetzgeberischen Aussagen noch näher ausgeführt [3] und nur selten findet eine kritische Auseinandersetzung mit den Eigenheiten des Gesetzes statt. [4]

Der Begriff "Wesen der Ehe" ist in den Erörterungen öfters zu finden, jedoch kaum als Gegenstand einer Auseinandersetzung, sondern ständig als nicht näher zu bestimmendes Mittel der Argumentation. Das Wesen der Ehe wird als völlig unstrittig hingenommen, als etwas, was nicht näher zu erörtern ist.

Aus diesen Gründen mußten mehrere Normen des Eherechts ausgewählt und untersucht werden, damit anhand ihrer Kom-

---

1) Isele, aaO
2) Z. B. Staudinger-Engelmann, Anm. 1 zu § 1353; Türcke-Niedenführ-Winter, § 1353; Fischer-Henle, 8. Aufl., Anm. 1 zu § 1353
3) Z. B. Sauer, Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht S. 1 ff
4) Z. B. Neustadt, Eherecht S. 200 ff

mentierung ein schärferes Bild der herrschenden Auffassung vom Wesen der Ehe entsteht.

Als erstes wird das Recht der allgemeinen Ehewirkungen (§§ 1353 ff) untersucht, dort speziell die §§ 1354, 1355, da zu ihnen die interessantesten Aussagen zum Wesen der Ehe gemacht werden. Danach ist § 1333 Gegenstand der näheren Betrachtung, der als einziger Rechtssatz des geltenden Eherechts den Begriff "Wesen der Ehe" auch enthielt. Schließlich wird der relative Scheidungsgrund des § 1568 zu betrachten sein. Aufgrund der Abwägungspflicht dieses relativen Scheidungsgrundes, mußten die Aussagen dazu sich mit der herrschenden Auffassung von der Ehe auseinandersetzen.

Es finden sich natürlich auch zu zahlreichen anderen Bestimmungen vereinzelt einschlägige Ausführungen, jedoch sollte eine Beschränkung auf die oben genannten Normen erfolgen, da sie für diese Arbeit besonders informativ sind.

II. Die Ehe und die Ehewirkungen, §§ 1353 ff

1. Zur allgemeinen Eheauffassung

Zur allgemeinen Eheauffassung finden sich bezeichnenderweise nur sehr wenige Ausführungen. Dies ergab sich aus der Tatsache, daß in der Literatur und Rechtsprechung ein weitgehender Konsens über das "Wesen der Ehe" bestand, der eine völlige Übereinstimmung mit der Ansicht des Gesetzgebers zeigte. Nur vereinzelt sind kritische oder gar ablehnende Meinungen in der Literatur festzustellen.

Verschiedene Äußerungen bestätigen die Feststellung, daß die Ehe als ein gewissermaßen vorgegebenes Institut angesehen wird. In den nur äußerst spärlichen Entscheidungen des Reichsgerichts,

in denen zu § 1353 Aussagen getroffen werden, [1] wird regelmäßig nur kurz zitiert, daß die eheliche Lebensgemeinschaft dem sittlichen Wesen der Ehe zu genügen habe und einige weitere kurze Angaben wie häusliche Gemeinschaft, eheliche Treue, gegenseitige Hilfe etc. gemacht. Häufig wird ohne weitere Erläuterung auf das Wesen der Ehe abgestellt. Ein typisches Beispiel für diese Handhabung des Begriffs Wesen der Ehe ist eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1905: [2]

"... ist in der Rechtsprechung des Reichsgerichts für alle persönlichen Beziehungen der Eheleute das sittliche Wesen der Ehe als der für die Beurteilung ihrer gegenseitigen Rechte und Pflichten leitende Gesichtspunkt angesehen worden."

Ganz deutlich wird diese Ansicht u. a. bei Rocholl: Die Ehe ist von der göttlichen Weltordnung vorgegeben, zwar sind die Gatten Genossen gleichen Rechts, dem Mann stehe aber ein Übergewicht durch seine Stellung als Herr und Meister des Hauses zu. [3]

Entsprechend konservativ zeigt sich auch Lehmkuhl zu diesen Fragen. [4] Die §§ 1353 ff sind seiner Ansicht nach entweder naturrechtliche Sätze oder doch naturrechtlich begründete nähere Bestimmungen. [5]

Nach Sauer [6] ist die Ehe ein sittliches und bürgerliches Verhältnis. Obwohl durch gegenseitige Einwilligung geschlossen, ist sie nicht als Vertrag aufzufassen, denn ihr notwendiger Inhalt und

---

1) RG JW 1900, 658; 1901, 781; 1905, 393; 1910, 817; RGZ 46, 384; 51, 182; 53, 340; 59, 256
2) RGZ 87, 56 (62)
3) Rocholl, Eherecht S. 1 f
4) Lehmkuhl, Gesetzbuch S. 370 ff
5) Allerdings muß hinzugefügt werden, daß Lehmkuhl das BGB erklärt "unter Bezugnahme auf das natürliche und göttliche Recht, insbesondere für den Gebrauch des Seelsorgers und Beichtvaters"
6) Sauer, Eheschließungs- u. Ehescheidungsrecht S. 1

ihre wesentlichen Wirkungen sind durch ihre Natur unmittelbar bestimmt. [1]

Für Hörle habe man sich zu vergegenwärtigen, daß die Ehe eine auf einer sittlichen Grundlage beruhende Lebensgemeinschaft sei und einer über dem Willen der Ehegatten stehenden Ordnung entspreche. [2]

Wurde bereits auf die veränderte Stellung der Frau in der Gesellschaft und die zunehmende Bedeutung der Frauenverbände hingewiesen, so wendet sich Hörle noch 1908 ganz entschieden gegen diese Anschauungen:

"Es ist aber hierbei wohl zu berücksichtigen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch den Standpunkt der neuzeitlichen Frauenemanzipation nicht vertritt ..., so ist ihre eigentliche Domäne doch noch das Haus und die Familie. Die Lockerung der häuslichen Bande fördert das Wirtshausleben, den Alkoholgenuß und dessen furchtbare Folgen für Körper, Geist und Sittlichkeit. Auch Speisehäuser und Volksküchen vermögen den häuslichen Herd nicht zu ersetzen. Es muß daher die ideale Stellung der Frau im Familienkreise gehütet und der drohenden Gefahr entgegengearbeitet werden, daß durch die Ausschaltung der Frau aus dem ihrer körperlichen und gemütlichen Anlage und ihrer Zweckbestimmung entsprechenden häuslichen Wirkungskreis, ihre übermäßige Einmischung in die öffentlichen Angelegenheiten und Beteiligung an dem ränkevollen politischen Parteileben und das sich hieraus entwickelnde freie Wesen und Denken die Sitten gelockert, Haushalt und Kindererziehung vernachlässigt, das häusliche Leben leichtfertig gelöst, ohne den Reiz und den heilsamen Zwang eines geordneten Familienlebens die Ehelosigkeit und ein unheilvolles Hetärentum und Prostitutionswesen gefördert und schließlich zum Verderben des Staates der Untergang des Familienlebens herbeigeführt wird." 3)

Solche Sätze wirken auf uns heute nur noch amüsant, wurden damals jedoch sehr ernst genommen.

---

1) Zur Argumentation mit dem Begriff Wesen der Ehe im Rahmen der Streitfrage, ob Bestimmungen der §§ 1353 ff durch Vertrag zwischen den Ehepartnern auszuschließen oder abänderbar sind, Breslauer, Diss., passim mit zahlreichen Nachweisen.

2) Hörle, Ehegatten S. 116

3) Hörle, aaO S. 117 f

Die wohl umstrittenste abweichende Meinung wurde von Wetzel vertreten. [1] Er verneinte eine Existenz einer herrschenden Anschauung über das allgemeine übliche Eheleben. Da es seiner Ansicht nach keinen verbindlichen Konsens über sittliche Pflichten gab, könne man auch nicht vom Sittengesetz auf die eheliche Lebensgemeinschaft schließen. Schließlich gebe es auch einige Bestimmungen im Gesetz, wonach die geltende Norm anders bestimme als das angeblich geltende Sittengesetz, z. B. im Falle der Scheidung wegen Geisteskrankheit des Ehepartners.

Wetzel wurde entschieden widersprochen, es gebe selbstverständlich

"ein allgemein übliches Eheleben ...; da aber die Deutschen als ein sittlich und kulturell hochstehendes Volk das Eheleben ihren sittlichen Anschauungen entsprechend einzurichten pflegen, kann eine allgemein herrschende Ansicht über die sittlichen Pflichten der Ehegatten nicht geleugnet werden." 2)

2. Die Frage der Gleichberechtigung und die Stellung der Frau

Betrachtet man die Regelungen der §§ 1353 ff, so erscheint es merkwürdig, daß damals eine Gleichberechtigung der Frau angenommen wurde.

Nach Mooshake, [3] vertritt das BGB in Übereinstimmung mit der modernen Anschauung von der Gleichberechtigung der Geschlechter den Grundsatz der völligen zivilrechtlichen Gleichberechtigung von Mann und Frau.

---

1) Wetzel, ArchBürgR, 26, 54 (71 ff)
2) Weinberg, Diss., S. 3 f; Gauss, Diss., S. 10 Anm. 26; Staudinger-Engelmann, Anm. 1 zu § 1353
3) Mooshake, Diss., S. 1

In einer "vom lebhaftesten Individualisierungsgeiste durchwehten Zeit" [1] galt es die Vorherrschaft des Mannes zu wahren, ohne dabei gegen den Grundsatz rechtlicher Freiheit der Frau zu verstoßen. Die Verbindung dieser beiden heterogenen Elemente sei im Gesetz gelungen. [2]

Nach ganz überwiegender Literaturmeinung ist die Gleichberechtigung zumindest in ihrem Grundsatz verwirklicht worden. [3]

So vertreten Opet - Blume, daß die Ehe prinzipiell auf der Gleichberechtigung von Mann und Frau basiert, dieser Grundsatz schließe aber nicht aus,

"daß der historischen Entwicklung und der Tatsächlichkeit entsprechend nach gewissen Richtungen eine Suprematie des Mannes als Familienoberhaupt besteht." 4)

Von einem streng althergebrachten Bild der Ehe, mit einer völligen Fixierung der Ehefrau auf das Haus, sprechen auch die Ausführungen von Zarden: [5]

"Der Mann arbeitet für den Lebensunterhalt seiner Familie. Dafür sollte die Frau ihm ein behagliches Heim schaffen und ihm die kleinen Sorgen der Wirtschaft nach Möglichkeit abnehmen."

Hier wird im Jahre 1909 die Frau als die treusorgende Hausfrau abgetan, die von den Dingen außerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises nichts versteht und auch nichts verstehen soll. Dies ging an den wirtschaftlichen Realitäten des Lebens in Deutschland vorbei, denn es gab zu dieser Zeit weit mehr als sechs Millionen berufstätige Frauen. Damit wurde auch negiert, daß diese Frauen - die dem Mann die kleinen Sorgen der Wirtschaft abnehmen sollten - zusätzlich durch ihre Hausfrauentätigkeit einer erheblichen Doppelbelastung ausgesetzt waren.

---

1) Hillgenberg, Diss., S. 8
2) Hillgenberg, aaO S. 4
3) Hillgenberg, aaO S. 9 mwN
4) Opet-Blume, Familienrecht, Vorb. zu § 1353
5) Zarden, Diss., S. 82

Als einer der wenigen wendet sich Neustadt in seinen gesamten Ausführungen generell gegen die Stellung der Frau in dem neuen Recht. Unter Bezugnahme auf die veränderte Rolle der Frau durch ihre Berufstätigkeit, sieht er in der legislativen Behandlung der rechtlichen Stellung der Frau ein Schulbeispiel dafür, daß das Gesetz dem gesellschaftlichen Bewegungsprozeß nachhinkt. [1)]

3. Das Entscheidungsrecht des Mannes, § 1354

Die wohl interessantesten Ausführungen zur Auffassung vom Wesen der Ehe lassen sich den Äußerungen zu § 1354 entnehmen.

Das Entscheidungsrecht des Mannes stellte eine präzis formulierte Ausprägung der herrschenden Rollenverteilung in der Ehe dar. Dennoch gab es hierzu kontroverse Ansichten.

Die Suprematie des Mannes als Familienoberhaupt zeige sich auch in § 1354, in dem jedoch nach Ansicht von Opet-Blume keine Bevormundung der Frau durch den Mann zu sehen ist. [2)]

Recht formalistisch steht Zarden zum Entscheidungsrecht des Mannes: [3)]

"Solange in unseren gesamten staatlichen, sozialen und gesellschaftlichen Verhältnissen dem Manne die vorherrschende Stellung eingeräumt ist und solange der Mann die Aufgabe hat, für den Unterhalt von Frau und Kind zu sorgen, solange muß das Entscheidungsrecht des Mannes als auf dem Wesen der Ehe beruhend angesehen werden."

Auch Hillgenberg [4)] vertritt den Gedanken, daß das Bestimmungsrecht dem jeweiligen Versorger der Familie, sozusagen als Entlohnung, zustehe. Damit erscheint ein deutlicher Widerspruch zu

---

1) Neustadt, Eherecht S. 204 f
2) Opet-Blume, aaO, mit Angaben gegenteiliger Meinungen
3) Zarden, aaO S. 70
4) Hillgenberg, aaO S. 79

den Aussagen des Gesetzgebers, nach dem das Wesen der Ehe sich ausschließlich aus der Innigkeit der Beziehung der Partner und unabhängig von materiellen Gesichtspunkten bestimme:

"Man darf nicht vergessen, daß der Mann sein rechtliches Übergewicht mit der Übernahme nicht nur einer gesteigerten Verantwortlichkeit, sondern auch bedeutender materieller Lasten hat bezahlen müssen, wie vor allem mit der ihm primär obliegenden Versorgungspflicht gegenüber Frau und Kindern, welche keineswegs durch die ihm in güterrechtlicher Beziehung gewährten Vergünstigungen auch nur annähernd wettgemacht wird. Ihm sind dadurch als Entgelt für seine Hausherrenstellung Verpflichtungen auferlegt worden, die dem in der Unterordnung der Persönlichkeit liegenden Opfer der Frau an Bedeutung für das Eheleben zum mindesten nicht nachstehen ..."

Zwar habe sich seiner Ansicht nach die Frau unterzuordnen, dies geschehe aber zugunsten einer einheitlichen, dem Bewußtsein des deutschen Volkes Rechnung tragenden Gestaltung des Ehelebens. Die Überordnung des Mannes ist nicht nur etwas im Wesen der Ehe begründetes Naturgemäßes, sondern geradezu eine sittliche Notwendigkeit. Die Bestimmung der Über- und Unterordnung ist nach Hillgenberg [1] sogar notwendig, um eine "wesensgemäße" Eheregelung zu schaffen und sei nicht zum "Schaden" der Frau. Die gesetzliche Regelung entspreche dem sittlichen Empfinden und dem "sozialen Gewissen" der Zeit. [2]

Nach Lehmkuhl könne speziell § 1354 vom kirchlichen Recht wörtlich unterschrieben werden. Er sei eine Folgerung der naturrechtlichen Stellung des Mannes. [3]

Ebenso argumentiert Hillgenberg: [4]

"Es entspricht ... nicht nur der ganzen ehegeschichtlichen Entwicklung und der noch bei weitaus dem größten Teile des deutschen Volkes lebendigen, zweifellos gesunden Lebensanschauung, die in der Prävalenz des Mannes in der Ehe etwas Selbstverständliches, von dem Wesen der Ehe Untrennbares erblickt, sondern ist

---

1) Hillgenberg, aaO S. 80
2) Hillgenberg, aaO S. 81
3) Lehmkuhl, aaO S. 370
4) Hillgenberg, aaO S. 12 f

auch das Natürliche. Das Natürliche deshalb, weil unbestreitbar der Mann sowohl seiner allgemeinen körperlichen und intellektuellen Veranlagung nach, kraft deren er sich im Verlaufe der Menschheitsgeschichte die führende Stellung nicht allein erworben, sondern auch bewahrt hat, als auch auf Grund einer infolge Jahrhunderte und Aberjahrhunderte lang bestehenden Patriarchalismus gezüchteten und fortvererbten besonderen Fähigkeit zur Leitung und Vertretung der Familie als der hierzu geeignetere von den Ehegatten erscheint."

Ein Übersehen des Umstandes der naturgegebenen Verschiedenheit der Geschlechter in den Gesetzen würde seiner Ansicht nach nichts Geringeres bedeuten als eine Vergewaltigung der Natur.

Die Ausführungen Rocholls zeigen die für die damalige Zeit typische "zwar - aber - Anschauung" über die Stellung der Frau in der Ehe. Diese stehe zwar selbstverständlich nicht unter der Vormundschaft des Mannes, aber aufgrund der natürlichen Ordnung des ehelichen Verhältnisses sei im Grunde die Entscheidung des Gesetzgebers richtig, daß der Mann die Entscheidung herbeiführt, gewöhnlich sei er auch ja derjenige, welcher die Gemeinschaft der Ehe begründet. [1)]

Hier zeigt sich deutlich die Auffassung von der Leitfunktion des Mannes in der Ehe: Er ist derjenige der die Ehe begründet, die Frau wird nur geheiratet.

Sehr umstritten war, was unter den gemeinschaftlichen Dingen des Ehelebens iSd § 1354 zu verstehen sei. Zwar lassen sich diese eigentlich nur individuell für jede Ehe ermitteln, es wurden aber zu diesem Fragenkreis zwei sich deutlich unterscheidende Ansichten vertreten.

Opet-Blume meinen, daß es dabei weder nur um die Fragen aus dem Wesen der Ehe, um sittliche Anforderungen geht (Planck), auch nicht lediglich um Fragen untergeordneter Natur, wie die Einrichtung des häuslichen Ehe- oder Erwerbslebens, also um die

---

1) Rocholl, Eherecht S. 1 f

"tausendfältigen Fragen des täglichen Lebens" (Planck), [1] sondern auch um ethische Angelegenheiten. Obwohl sie ausdrücklich zu den gemeinschaftlichen Angelegenheiten nicht die Individualangelegenheiten der Frau zählen, rechnen sie dann doch im einzelnen dazu die Teilnahme an religiösen, politischen oder sozialen Bewegungen, künstlerische oder literarische Betätigung, Pflege freundschaftlicher Beziehungen etc. Ihrer Ansicht nach entscheidet hier nur der alleinige Wille des Mannes, denn es gebe in diesen Dingen eine Folgepflicht der Frau. Trotzdem lehnen sie aber die Annahme einer Mundialgewalt ab. [2]

Völlig gegenteiliger Ansicht ist dagegen Schilling [3] der aus dieser Ansicht folgert, daß der Mann auch weiterhin als Vormund der Frau iSd mittelalterlichen Rechts zu bezeichnen ist. Auch Cosack [4] unterstützt diese Ansicht, indem er die Regelung des § 1354 als nicht ins 20. Jahrhundert passend und als rückständig bezeichnet. Die Ehefrau sei nach den §§ 1353 ff als unmündig anzusehen, so daß nichts im Wege stehe, diese familienrechtliche Herrschaft "Vormundschaft" im weiteren Sinne zu nennen.

Die Ansicht, nach der der Mann auch befugt sei, über die persönlichen Angelegenheiten der Frau zu entscheiden, wurde dadurch ermöglicht, daß man die persönlichen Angelegenheiten der Frau schlicht zu solchen erklärte, die für die Lebensgemeinschaft der Gatten von Bedeutung sind. So durfte der Mann auch den gesellschaftlichen Verkehr der Frau mit Verwandten und Bekannten regeln, ihren Briefwechsel kontrollieren, ihre Toilette, ja sogar ihre Literatur. [5] Für Wulfert kann hier nach der historischen Entwicklung und den gegenwärtigen sozialen Verhältnissen nur der Mann die entscheidende Stimme haben. [6]

---

1) Sten. Ber., S. 2916
2) Opet-Blume, aaO
3) Schilling, ArchBürgR, 19, 251 (327) mwN
4) Cosack, Lehrbuch S. 548 f
5) Wulfert, Vorträge S. 7; Opet-Blume, aaO Anm. 1 zu § 1354 mwN; Zarden, aaO S. 74 differenzierter
6) Wulfert, aaO

Nach der anderen Meinung wurde hier jedoch entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes und der legislativen Intention differenziert: Sicherlich bringe beinahe jede Handlung oder Unterlassung eines Ehepartners eine Berührung des gemeinsamen ehelichen Interesses, das Entscheidungsrecht des Mannes beziehe sich jedoch nur auf die unmittelbar das gemeinschaftliche Leben betreffenden Dinge und nicht die rein persönlichen. [1)]

Sehr kritisch steht dagegen Neustadt der Regelung des § 1354 gegenüber. [2)] Richtig bezeichnet er das Verhältnis von Mann und Frau nicht als subordiniert, sondern als koordiniert. Die den Frauen grundsätzlich zugestandene Gleichheit sei durch so viele Ausnahmen durchbrochen, daß von dem Prinzip der Gleichberechtigung wenig bleibe. Seiner Ansicht nach ist § 1354 gänzlich überflüssig und schädlich, da er dem Gleichberechtigungsgrundsatz widerspreche. Die Ehegatten sollten selber zusehen, auf welchen Grund sie ihre internsten Beziehungen stellen. Grundfragen solcher Art sollten gütlich geklärt werden.

Entsprechend ihrer gesamten gesellschaftskritischen Anschauung verurteilt die Frauenrechtlerin Weber dieverse Regelungen des neuen Eherechts. Sie sieht z. B. in dem Entscheidungsrecht des Mannes eine die persönliche Unterwerfung besiegelnde Fortsetzung früherer Gehorsamsparagraphen. Für sie drückt sich in den Regelungen des Eherechts ein weiterlebender Patriarchalismus aus, den jede zum Persönlichkeitsbewußtsein erwachte Frau als unethisch empfinden wird. [3)]

---

1) Dernburg, Familienrecht S. 103; Wetzel, ArchBürg R. 26, 54 (77); auch Hörle, ArchBürgR, 31, 121, aber sehr differenziert; Goldmann, DJZ 1904, 64 ff; Kleinewerfers, Diss., S. 3 ff

2) Neustadt, Eherecht S. 200 f

3) Weber, Hist. Entwicklung S. 18

4. Die Mißbrauchsregelung des § 1354 II als Rechtfertigung

Gemäß § 1354 II war die Frau nicht verpflichtet, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung als Mißbrauch seines Rechts darstellt.

Diese Bestimmung wurde von den bewahrenden Stimmen häufig als eine Art Rechtfertigung für ihre Ansicht vertreten, daß das Entscheidungsrecht des Mannes der richtigen Einstellung zur Ehe und zur Verteilung der Rechte entspreche. Es wurde betont, daß Mann und Frau zwar gleichberechtigt nebeneinander stünden, dem Manne aber aufgrund seiner vorherrschenden Stellung die Entscheidung zustehe. Da diese Ansicht auch für die damalige Zeit in einem gewissen Gegensatz zur Gleichberechtigungsbehauptung stand, wurde die "Suprematie" des Mannes durch die Regelung des § 1354 II wieder "gemildert", gerechtfertigt. Das Entscheidungsrecht des Mannes sei für die Ehe gar nicht so bedenklich, schließlich könne sich die Frau darauf berufen, daß eine Entscheidung ihres Mannes sich als Mißbrauch darstelle. Auf der einen Seite gab es eine eindeutige und anwendbare Regelung, die dem Mann eine erhebliche Machtposition in der Ehe vermittelte, auf der anderen Seite eine gekünstelte Abwehrmaßnahme für die Frau, denn um ihre Rechte aus § 1354 II geltend zu machen, war eine gerichtliche Entscheidung notwendig. [1] Wenn eine Ehe aber erst soweit ge-

---

1) Marianne Weber, Rechtsentwicklung S. 431 bemängelte an dieser Regelung, daß die Frau danach diejenige sei, die das Gericht in die eheliche Streitigkeit hereinziehen würde. Hillgenberg aaO S. 15 f Anm. 40 versuchte das damit zu widerlegen, daß sich die Frau gegen eine Anordnung des Mannes nur passiv zu verhalten habe, so daß es dann der Mann sei, der sich an die Justiz wenden müsse. Es sind aber durchaus eine Reihe von Fällen möglich, bei denen die Frau sich nicht gegen Anordnungen zu wehren hat, sondern gegen konkrete Handlungen. In diesen Fällen muß sie dann das Gericht anrufen.

kommen ist, so wäre hier eventuell gleich zur Scheidung zu raten.

So wurde diese Regelung auch kritisiert. Ausgegangen wurde dabei von den Ausführungen Plancks in den Reichstagsberatungen. [1] Um einen Mißbrauch des Entscheidungsrechts handle es sich dann, wenn eine Entscheidung des Mannes mit der rechten ehelichen Gesinnung im Widerspruch stehe. Dernburg erweiterte diese Auslegung:

"Der Ehegatte ist verpflichtet, sich seinem Gatten gegenüber so zu verhalten, wie Treu und Glauben und die rechte eheliche Gesinnung es erfordern." 2)

Zutreffend wurde der Mißbrauchsbegriff angegriffen als ein "Kautschukbegriff", wobei die weiteren Kautschukbegriffe "Treu und Glauben" sowie die "rechte eheliche Gesinnung" nur zur Erläuterung eines weiteren ungreifbaren Begriffs dienen sollen. [3] Hier werde damit ein Gebiet betreten, das mit der Rechtswissenschaft nichts mehr zu tun hat und wo nur das persönliche Gefühl des Richters entscheidet. Eichhorn kommt deshalb zu dem Schluß, daß ein Mißbrauch nur dann angenommen werden kann, wenn auch ein Scheidungsgrund aus § 1353 gegeben ist. [4]

5. Das Namensrecht, § 1355

Auch § 1355, wonach die Frau den Namen des Mannes anzunehmen hat, fand allgemeine Zustimmung, wenngleich sich auch einige Stimmen dieser Bestimmung gegenüber ablehnend äußerten.

Der Grund für die Regelung, daß die Frau den Namen des Mannes erhält, finde man in den Machtverhältnissen der Vergan-

---

1) Sten. Ber., S. 2916
2) Dernburg, Familienrecht S. 12
3) Eichhorn, Recht 1905, 331 ff
4) Eichhorn, aaO S. 334

genheit. Früher, als die Frau ausschließlich im Haus wirkte, da nur der Mann nach außen auftrat, mag das für die Öffentlichkeit angemessen gewesen sein, nunmehr sei dies nicht mehr einzusehen. [1]

So wurde auch vereinzelt vertreten, § 1355 stehe nicht entgegen, daß der Mann auch den Namen der Frau annehmen könne. [2] Gegen diese Ansicht wandte sich entschieden Zarden. Die Annahme des Frauennamens sei nicht zulässig, weil die gesetzliche Regelung auf der vorherrschenden Stellung des Mannes beruhe, außerdem verlange es die Sicherheit des öffentlichen Interesses, weil Dritte eventuell nicht wissen könnten, an wen sie sich zu halten haben. [3] Wie verhaftet diese Ansicht mit den überkommenen Vorstellungen war, sieht man an dem letzten, nicht überzeugenden Argument. Bei einer entsprechenden gesetzlichen Regelung gibt es (zwar wahlweise) auch immer nur einen Namen, so daß das öffentliche Interesse gewahrt ist und ein Dritter sehr wohl weiß, an wen er sich zu wenden hat.

Entschieden gegen die Namensregelung des § 1355 äußert sich auch die Frauenrechtlerin Weber: Hat sich die Frau vor der Ehe einen besonderen Namen, z. B. als Künstlerin erworben, so hat sie selbst dann nur aufgrund der Einwilligung des Mannes das Recht, ihren Namen neben dem des Mannes zu tragen. Nach Weber ist

"diese Rechtsregel ... rein historisch bedingt, ein Rest primitiven, auf Grund des Frauenkaufs erworbenen "Vaterrechts", unter dem die gesetzlich noch nicht als Persönlichkeit gewertete Frau gar keine rechtliche Sonderexistenz besaß, sondern ihren Namen und Stand so gut wie ihr Recht vom Manne empfing" ... "Wenn die Motive die Namenseinheit eines Ehepaars als natürliche Folge der Innigkeit und der das ganze Leben umfassenden Bedeu-

---

1) Neustadt äußert sich weiterhin sehr kritisch zu Schlüsselgewalt, Geschäftsfähigkeit der Frau S. 207 ff
2) Endemann, Lehrbuch S. 701
3) Zarden, Diss., S. 50

tung der ehelichen Gemeinschaft bezeichnen, so begehen sie damit denselben logischen und psychologischen Fehler wie alle, welche die Einheit der Gatten zum Ausgangspunkt des Eherechts machen wollen: Sie setzen ein im Laufe des Lebens zu verwirklichendes Ideal, eine Aufgabe, als eine ein für allemal selbstverständliche und naturgesetzliche Tatsache voraus" 1)

Das Namensrecht des § 1355

"ist also lediglich eine Konzession an jene, in letzter Instanz doch wieder auf männliche Geschlechtseitelkeit zurückgehenden Anschauungen, die dem Manne unter allen Umständen von Gesetzes wegen seine Position als Familienoberhaupt nach außen hin sichern wollen, ganz gleich, ob dies im Einzelfalle dem Bedürfnis der Gatten ... entspricht oder nicht." 2)

6. Der Definitionsversuch Seidelmayers

Wie bereits mehrfach erwähnt, finden sich zum Begriff Wesen der Ehe so gut wie keine Ausführungen, es sei denn kurze Zitate aus den Materialien. Der Begriff selbst wird nirgends direkt untersucht, bzw. es wird kein Versuch unternommen, diesen so häufig gebrauchten Terminus zu erklären.

Soweit ersichtlich ist Seidelmayer der einzige, der in seiner Arbeit zum Personen- und Eigenschaftsirrtum bei der Eheschließung [3], diese Frage stellt und den Versuch unternimmt, das "Wesen der Ehe nach BGB" zu bestimmen.

Anlaß ist für ihn, daß z. B. in § 1333 der Begriff expressis verbis enthalten ist. Dagegen wird in anderen Ausführungen zu dieser Norm über die Bestimmung des Wesensbegriffes hinweggegangen.

Mangels einer direkten Aussage im Gesetz stützt er sich auf zwei Aussagen im BGB und in den Materialien, die als "Funda-

---

1) Weber, Rechtsentwicklung S. 420
2) Weber, aaO S. 421
3) Iherings Jahrbücher, 46, 183 (220 ff)

ment" für die Beantwortung der Frage nach dem Wesen der Ehe dienen sollen. [1] Zum einen nennt er die eheliche Lebensgemeinschaft, zu der die Eheleute gem. § 1353 verpflichtet sind, zum anderen die Behauptung aus den Motiven, daß die Ehe eine von dem individuellen Belieben der Gatten unabhängige, höhere, sittliche und rechtliche Ordnung sei.

Nach einer längeren Aufzählung bekannter Zitatstellen aus den Materialien, [2] zieht Seidelmayer den (unbestrittenen) Schluß, daß die Ehe iSd BGB keine konfessionelle sei, sondern diesbezüglich neutral ist. [3] Somit kommt er zu der Definition des Wesens der Ehe:

"Die wechselseitige persönliche Ergänzung von Mann und Weib, welche durch die auf gegenseitiger Liebe und Achtung fußende innigste dauernde Lebensgemeinschaft vermittelt wird." 4)

Er betont weiterhin die gegenseitige Ergänzung und Gleichberechtigung der Partner und stellt wie viele andere - nachdem er selbst die konfessionelle Neutralität des BGB in der Ehefrage herausstellte - die Behauptung auf, die Ehe sei eine dauernde, d. h. prinzipiell unauflösliche und darum der Willkür der Ehegatten in dieser Beziehung entrückte Lebensgemeinschaft. [5] Zu dieser Ansicht, die nirgends im Gesetzestext zu finden ist, nimmt er weiter keine Stellung, zieht aber Folgerungen daraus, u. z. erklärt er damit die Regelung der Scheidungsparagraphen. Weiterhin definiert er das Wesen der Ehe näher aus den §§ 1565 - 1586. So ergibt sich z. B. aus dem Begriff der Lebensgemeinschaft die Pflicht des Zusammenlebens, demgemäß erkennt § 1567 den Scheidungsgrund der böslichen Verlassung an.

---

1) Seidelmayer, aaO S. 221
2) Seidelmayer, aaO S. 222
3) Seidelmayer, aaO S. 222 f
4) Seidelmayer, aaO S. 223
5) Seidelmayer, aaO

Aus der Arbeit Seidelmayers läßt sich, zusammenfassend, nichts entnehmen. Auch bei ihm finden sich eine Reihe von Wiederholungen der Materialien, grundlegende Behauptungen, die sich nicht beweisen lassen, jedoch als gesetzlicher Inhalt angesehen werden, sowie die nähere Erklärung des Wesens der Ehe aus den Scheidungsgründen. Dabei fällt ihm nicht auf, daß er mit diesen Regelung über das Wesen der Ehe nichts aussagen kann, sondern nur die gesetzlichen Bestimmungen als Beweise für das weiterhin unklare, überwiegend behauptete, Wesen der Ehe verwendet.

Seidelmayers Definitionsversuch führt somit in der Sache nicht weiter. Sein Verdienst ist es jedoch, als einziger in der damaligen Zeit, die Frage nach dem Wesen der Ehe gestellt zu haben. [1] Bei der Beantwortung konnte er zu keinem anderen Ergebnis kommen, als dem der herrschenden Meinung, da er sowohl mit den geltenden Moralvorstellungen verbunden war, als auch aus dem Gesetzestext heraus zu einer Antwort gelangen wollte. Aufgrund der eindeutigen Aussagen des Gesetzestextes konnte er aber nur zu einer - interpretierenden - Antwort ganz im Sinne herrschender Vorstellungen gelangen. Notwendig wäre aber keine Interpretation gewesen, sondern eine ausführliche Untersuchung der Hintergründe der geltenden Anschauung.

---

1) Es soll noch die Dissertation von Brach aus dem Jahre 1910 erwähnt werden, der ebenfalls die Frage nach dem Wesen der Ehe stellt, jedoch sofort eine Definition abgibt, die nur einen Extrakt der in den Materialien genügend ausgeführten Generalklauseln darstellt. Ausdrücklich betont aber auch er, daß das Wesen der Ehe "natürlich" absolut und unveränderlich sei, S. 52 ff.

III. Die Eheanfechtung, § 1333

1. Inhalt der Norm

§ 1333 (und § 1334, der hier nicht weiter erörtert werden soll) sind die beiden einzigen Normen des damaligen Eherechts, die den Begriff des "Wesens der Ehe" auch expressis verbis enthielten. Bei § 1333 handelte es sich um die Eheanfechtung, die dann möglich war, wenn sich der eine Ehegatte bei der Eheschließung so über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten geirrt hatte, daß er bei Kenntnis dieser Eigenschaft und "verständiger Würdigung des Wesens der Ehe" diese nicht geschlossen hätte. [1)]

2. Das Problem der "persönlichen Eigenschaften"

Sehr umstritten war der Begriff der persönlichen Eigenschaften. Diese Streitfrage ist hier nicht weiter von Bedeutung. [2)] Hervorzuheben sind aber zwei Beispiele aus diesem Problemkreis, da sie ein bezeichnendes Licht auf die damalige Eheauffassung werfen, d. h. auf essentielle Auffassungsmerkmale des Wesens der Ehe. Weiterhin handelt es sich bei diesen Beispielen um Fragen, die im Laufe der weiteren Untersuchung noch von Bedeutung sein werden.

---

1) Zur Veränderung der Anfechtung zur noch heute gültigen Aufhebung weiter unten.

2) Ausführlich dazu: Sauer, Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht S. 201 ff; Planck, Gesetzbuch, § 1333; Eck-Leonhard, Vorträge S. 375 ff

a) Die Konfession als "persönliche Eigenschaft"

Nach der wohl überwiegenden Literaturmeinung der damaligen Zeit war die Religionszugehörigkeit keine persönliche Eigenschaft iSd § 1333, so daß ein Irrtum hierüber nicht zur Anfechtung der Ehe berechtigte. [1) 2)] Nur eine vereinzelt gebliebene Ansicht vertrat, daß z. B. der Glaube oder Nichtglaube an einen dreieinigen Gott oder an die Gottesmission eines Muhamed oder an die Sakramentsnatur und hieraus entspringende Unauflöslichkeit der Ehe in religiöser Beziehung eine geistige Eigenschaft darstelle. [3)]

Begründet wurde diese Ansicht aus der Differenzierung von Eigenschaften einer Person einerseits und den persönlichen Verhältnissen andererseits. Nach herrschender Meinung fielen unter § 1333 nur die persönlichen Eigenschaften, d. h. nur die Merkmale, die ein Individuum ohne Rücksicht auf seine Beziehungen zu anderen Personen oder Organisationen charakterlich bezeichnen, die sowohl dem physischen oder psychischen Gebiet angehören, körperlicher, geistiger oder sittlicher Qualität sein kön-

---

1) Sauer, aaO S. 205; Eck-Leonhard, aaO S. 376; Crome, System S. 210 Rdn. 13; Planck, aaO Anm. 3a zu § 1333; Staudinger-Engelmann, Anm. 3 zu § 1333

2) Nach § 715 Teil II, Titel 1 ALR war der Übertritt eines Gatten zu einer anderen Religionsgemeinschaft, der ein trennendes Hindernis darstellte, ein selbständiger objektiver Scheidungsgrund. Bei der Diskussion der Scheidungsgründe des BGB wurde eine Scheidung aufgrund eines Religionswechsels abgelehnt, weil in einer gegenteiligen Haltung "einerseits eine Beeinträchtigung der Gewissensfreiheit liegen würde, andererseits der Übertritt zu einer anderen Religion oder Konfession ebensowenig wie überhaupt ein Wechsel in den bisherigen religiösen Ansichten sich als eine Handlung darstellt, welche den Charakter einer Verschuldung an sich trägt", Mugdan, Materialien S. 306; dazu Müller-Freienfels, JZ 1964, 305 ff und 344 ff

3) Seidelmayer, Jherings Jahrb., 46, 183 (217)

nen, nicht aber die persönlichen Verhältnisse einer Person zu ihrer Umwelt. [1)]

Die Konfessionszugehörigkeit wurde von dieser Ansicht zu den persönlichen Verhältnissen gerechnet. Nur eine abweichende Meinung, die den Begriff der persönlichen Eigenschaft weiter faßte, rechnete die Konfession auch dazu. [2)]

b) Die Bescholtenheit als "persönliche Eigenschaft"

Die angebliche Gleichberechtigung von Mann und Frau, die sich in Wirklichkeit als eine deutliche Ungleichbehandlung darstellte, findet im Recht der Eheanfechtung eine Fortsetzung. Aus dem sittlichen Wesen der Ehe ließ sich eine Ungleichbehandlung für die damalige Zeit durchaus rechtfertigen.

Als ein Anfechtungsgrund iSd § 1333 wurde nach der geltenden Anschauung die Bescholtenheit einer Person in geschlechtlicher Hinsicht angesehen. Dabei wurden aber feine Differenzierungen getroffen.

Nach überwiegender Meinung stellte die mangelnde Virginität der Frau einen Anfechtungsgrund dar, da eine Frau nach herrschender Moralauffassung unberührt in die Ehe zu gehen hatte. [3) 4)]

---

1) Für viele: Opet-Blume, Familienrecht S. 62 mwN
2) Opet-Blume, aaO; Hölder, Anfechtung S. 31
3) Sauer, aaO S. 206 ff; Türcke-Niedenführ-Winter, Bürgerliches Recht, Anm. 2b zu § 1333; Planck, aaO Anm. 3a zu § 1333; Wohl als einziger bezeichnet Knoblauch, Diss., S. 65 bereits damals den Mangel der Virginität oder Schwangerschaft als "moralische Defekte". Dazu unten C II 1 b aa (1)
4) Unbesprochen war damals, ob der Mangel der Jungfräulichkeit körperlicher oder sittlicher Eigenschaft sei.

Beispielhaft für diese Auffassung sind z. B. zwei Entscheidungen des OLG Colmar und des OLG Cassel. [1] Nach ihnen ist ein Anfechtungsgrund auch dann gegeben, wenn die Braut während des Brautstandes nicht nur mit einem Dritten geschlechtlich Verkehr gehabt hatte, sondern auch wenn der Mann selbst in dieser Zeit ihr beigewohnt hatte.

"Denn es muß nicht notwendig demjenigen, der mit seiner späteren Frau schon vor der Ehe geschlechtlich verkehrt hat, deshalb ein solcher oder ähnlicher Verkehr gleichgültig sein, den sie mit Anderen gepflogen hat." 2)

Umstritten waren Entscheidungen, die der mangelnden Virginität der Braut deshalb keine Bedeutung gaben, weil die Parteien "Kreisen" angehörten, in denen dieser persönlichen Eigenschaft nicht soviel Bedeutung beigemessen wurde. [3] [4] In dieser Allgemeinheit wurde das Argument abgelehnt, [5] jedoch eingeräumt, daß es bei einem Einzelfall, in dem der Ehemann in diesbezüglichen Anschauungen eine sehr "laxe" Auffassung habe, kein Anfechtungsgrund gegeben sein kann. [6]

---

1) OLG Colmar DR 1910 Nr. 1377 (zit. nach Sauer, aaO S. 206); OLG Cassel ROLG 11, 280

2) OLG Cassel, aaO

3) Z. B. BayObLGZ n. F. 2, 293 (zit. nach Sauer, aaO S. 206 Anm. 9) und Knoblauch, aaO, wonach kein Anfechtungsgrund vorliegt, wenn es sich um Ehen in den untersten Ständen handelt, in denen ein vorehelicher Verkehr der Frau nicht als verwerflich erscheint oder um Ehen in gewissen ländlichen Bezirken. Ablehnend dazu Sauer, aaO, da sich allgemein keinesfalls der Satz aufstellen lasse, in gewissen Kreisen werde an der fehlenden Jungfernschaft der Verlobten nicht unbedingt Anstoß genommen. Denn, so Sauer, die Erfahrung zeige, daß es auch in den Bevölkerungskreisen, die früher zu dem "gemeinen Stand" gezählt wurden, Charaktere von hohem sittlichen Wert gibt, Sauer, aaO S. 207 und Rdn. 2

4) Eine Parallele gab es in dieser Frage auch zu § 1568: OLG Colmar JW 1916, 1192, dazu Frentzel, Diss., S. 44 und ablehnend später RG LZ 1920, 339

5) OLG Braunschweig, SeuffA 55, 291

6) RG DR 1908 Nr. 537

Für den Mann wertete man die Frage der Bescholtenheit gänzlich anders. Hier beherrschten wesentlich weniger strenge Anschauungen die geltenden Moralvorstellungen. Dazu äußerte das OLG Hamburg: [1]

"Der außereheliche Geschlechtsverkehr Unverheirateter wird, insoweit es sich nicht um besonders geartete Fälle, wie den der Verführung unbescholtener Mädchen handelt, an und für sich aus natürlichen Gründen nur in Ansehung des weiblichen Geschlechts von dem herrschenden Rechts- und Moralitätsbewußtsein der modernen Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt geschlechtlicher Bescholtenheit als ein Merkmal sittlichen Defekts angesehen."

"Aus logischen Gründen" konnte deshalb auch dann kein Anfechtungsgrund gegeben sein, wenn dieser außereheliche Verkehr die Geburt eines Kindes zur Folge hatte. [2]

Allerdings, so wurde doch eingeschränkt, auch "das herrschende Rechts- und Moralitätsbewußtsein" gehe nicht so weit, daß nicht auch auf Seiten des Mannes vorehelicher Geschlechtsverkehr, z. B. bei dadurch entstandenen mehreren unehelichen Kindern, im Einzelfall als Mangel an sittlicher Integrität bewertet werden muß. [3]

Dazu bemühte das Reichsgericht das Wesen der Ehe:

"daß nach dem objektiven Merkmal des Gesetzes, nach verständiger Würdigung des Wesens der Ehe die aus der Begehung eines Ehebruchs nach allgemeiner Anschauung hervorgehende Achtungsverminderung auch des Mannes für ein anständiges Mädchen regelmäßig ein Grund ist, sie von der Eingehung der Ehe mit dem bescholtenen Mann abzuhalten." 4)

Dagegen war man der Ansicht, daß die Frau einen Anfechtungsgrund hat, wenn der Mann ehebrecherisch Beziehungen unterhalten hatte. [5]

---

1) ROLG 7, 100 von RG SeuffA 59 Nr. 263 gebilligt. RG JW 1904, 204; RG JW 1914, 646
2) RG SeuffA, aaO; Planck, aaO; Türcke-Niedenführ-Winter, aaO, Anm. 3 zu § 1333 mwN
3) Sauer, aaO; Planck, aaO
4) RG, aaO
5) OLG Hamburg, aaO; RG DJZ 1904, 552; Staudinger-Engelmann, aaO; Sauer, S. 208; RG JW 1907, 3

"Nach den durchaus berechtigten Anschauungen der bürgerlichen Gesellschaft behaftet unsittliches und unehrenhaftes Handeln den Täter mit einem Makel, der ihn dauernd in der öffentlichen Meinung herabsetzt, gleichviel ob wiederholte Verfehlungen derselben Art von ihm zu erwarten sind oder nicht."

3. Der absolute Anfechtungsgrund

Stritt man sich im einzelnen über den Begriff der persönlichen Eigenschaft und weiter darüber, bei welcher irrtümlichen Annahme die Anfechtung berechtigt war, so war man sich auch darüber nicht einig, ob absolute Urteile bezüglich der Erheblichkeit oder Unerheblichkeit des Irrtums über persönliche Eigenschaften gerechtfertigt sind. [1)]

Die Frage nach einem absoluten Anfechtungsgrund sollte einige Jahre später eine andere Antwort erfahren und erhielt nach dem Zusammenbruch des Nationalsozialismus wiederum eine andere. Das wird im Rahmen der weiteren Untersuchung dazustellen sein.

4. Die verständige Würdigung des "Wesens der Ehe"

Der Irrtum des einen Ehegatten mußte so erheblich sein, daß der Irrende bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe diese nicht geschlossen hätte. Dabei wird die Parallele zu § 119 gezogen, in dem es lautet: "bei verständiger Würdigung des Falles". [2)]

---

1) Gegen absolute Urteile: Opet-Blume, Familienrecht S. 63 mit zahlr. Angaben der Gegenmeinung; Staudinger-Engelmann, Anm. 3 zu § 1333; Planck, Anm. 3b zu § 1333

2) Staudinger-Engelmann, Anm. 2 zu § 1333; Planck, aaO; Neumann, Handausgabe S. 31; Rietschel, AcP 104, 353

Nun hätte die Formulierung "Wesen der Ehe" der Rechtsprechung und Literatur doch viel Gelegenheit gegeben, sich dazu zu äußern. Es finden sich aber auch hier wieder in der einschlägigen Behandlung nur sehr wenige Ausführungen; wesentlich mehr Raum beanspruchen die anderen Fragen dieser Norm. Das ist deshalb verständlich, weil man es für völlig ausreichend hielt, diesen Begriff nur zu erwähnen und sich mit einigen völlig unscharfen Aussagen zu begnügen. Die breite Allgemeinverständlichkeit, die Evidenz dieses Terminus, war ausreichend. Dies war Ausdruck einer absolut herrschenden, wenig angezweifelten "hM" zum Thema Ehe.

Besonders interessant ist die "verständige Würdigung" des Wesens der Ehe in der damaligen Zeit. Für die Anfechtung kamen nicht nur Eigenschaften in Frage, die den Irrenden zur Eheanfechtung bringen mußten (zumal man vielfach der Ansicht war, einen solchen absoluten Anfechtungsgrund gebe es nicht), sondern es genügten Eigenschaften, die den Umständen nach geeignet waren, den Irrenden von der Eheschließung abzuhalten. [1] Dazu war die verständige Würdigung des Wesens der Ehe notwendig.

Das Besondere an diesem Problemkreis ist die Tatsache, daß die verständige Würdigung des Wesens der Ehe als ein sachlicher (objektiver) Maßstab angesehen wurde. [2] Dieser objektive Maßstab wurde in Gegensatz zum persönlichen (subjektiven) Maßstab gesetzt. Beide Maßstäbe ergaben das doppelte Kriterium, das zu überprüfen war. [3]

---

1) Staudinger-Engelmann, Anm. 3 zu § 1333 RGZ 52, 311
2) RG JW Beil. 70 zu 1903; RG JW 1904, 114; RG v. 7.1.1909 IV 193/08 u. RG v. 10.6.1909 IV 409/08 zit. BGB-RGRK-Erler, § 1333 Anm. 7; Staudinger-Engelmann, aaO; Crome, System S. 210 ff; Eck-Leonhard, Vorträge S. 375; Endemann, Lehrbuch S. 658
3) Crome, aaO S. 211; Sauer, aaO S. 211

Der Irrende hatte das Wesen der Ehe verständig zu würdigen, so daß sich für ihn sein Irrtum als ein zu schwerwiegendes Element darstellen mußte und ihn bei rechtzeitiger Kenntnis von der Ehe abgehalten hätte. Von wesentlicher Bedeutung war dabei, daß das BGB die Ehe als ein vorwiegend sittliches Verhältnis betrachtete. [1] Da die Institution der Ehe eine Grundlage der gesamten Rechtsordnung sei, stelle sich das Wesen der Ehe bei verständiger, d. h. "vom Standpunkt des bonus pater familias" erfolgender Würdigung, "als ein für alle Deutschen übereinstimmendes dar". [2] Nach Crome ist hier die Durchschnittsauffassung der Allgemeinheit maßgebend. [3]

Als sachlich wurde dieser Maßstab im Gegensatz zum persönlichen aufgefaßt, weil eine verständige Würdigung alle willkürlichen und persönlichen Launen und Stimmungen entsprechenden Anfechtungsgelüsten auf das durch die Ehe als vorwiegend sittliche Einrichtung gebotene Maß zurückführt. [4] Unklar ist, ob die individuelle Persönlichkeit des irrenden Ehegatten, d. h. Stand, Bildung, sittliches Empfinden etc. nur für den persönlichen Maßstab zu beachten sind oder sowohl für das subjektive als auch für das objektive Kriterium heranzuziehen sind. [5]

---

1) Staudinger-Engelmann, aaO
2) Opet-Blume, aaO S. 63
3) Crome, aaO S. 211 Rdn. 16; RG 48, 159, 52, 307 ff
4) RG 23.3.1903 in Bl. f. RA 69, 232 ff; JW 1903, B. S. 70; Sauer, aaO S. 209; Endemann, S. 659
5) Hierzu Endemann, aaO S. 658; Planck, aaO Anm. 3b zu § 1333

5. Das Verhältnis von sachlichem zu persönlichem Maßstab

Ein sehr unterschiedliches Bild bietet die Rechtsprechung und Literatur zu der Frage, wann anzunehmen sei, daß der irrende Ehegatte bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe sich von der Heirat distanziert hätte.

Völlig uneinheitlich stellt sich die Rechtsprechung des Reichsgerichts dar: Nach einigen Entscheidungen ist in erster Linie auf den subjektiven Maßstab des Irrenden abzustellen. [1] Nach anderen Entscheidungen ist Anfechtbarkeit nur dann gegeben, wenn anzunehmen ist, daß der Irrende nach Stand, Bildung und sittlichem Empfinden die Ehe nicht geschlossen hätte. Erst als zweiter (kumulativer) Aspekt folgt dann

"ein objektives Moment (der sachliche Maßstab) insofern, als bei der Prüfung der Frage, ob der irrende Gatte bei Kenntnis der Sachlage die Ehe geschlossen hätte, davon auszugehen ist, daß er das Wesen der Ehe verständig gewürdigt hätte. Von wesentlicher Bedeutung ist hierbei, daß das BGB die Ehe als ein vorwiegend sittliches Verhältnis betrachtet und daß, wer von diesem Standpunkt aus das Wesen der Ehe verständig würdigt, nicht jeder persönlichen Neigung und Laune Einfluß auf den Eheschließungswillen einräumen wird." 2)

Schließlich finden sich auch Entscheidungen, wonach in erster Linie der objektive, der der allgemeinen sittlichen Kultur entsprechende, aus verständiger Würdigung des Wesens der Ehe zu entnehmende Maßstab maßgebend sei: das besondere subjektive Empfinden eines Ehepartners könne das Anfechtungsrecht wohl unter Umständen einschränken, nicht aber über das bei objektiver Betrachtung aus der verständigen Würdigung des Wesens der Ehe ergebende Maß hinausdehnen. [3]

---

1) RG JW 1914, 646; RG Recht 1910 Nr. 1390
2) Staudinger-Engelmann, Anm. 3 zu § 1333; RG JW 1911, 543 ff; RG Recht 1907, Nr. 2564; RG JW 1904, 114
3) RG JW 1911, 513; RG Recht 1914, Nr. 1571

Diesen letzteren Entscheidungen folgt auch eine Mindermeinung in der Literatur, d. h. auch danach ist ein objektiver Maßstab entscheidend. [1] Speziell Rietschel äußert sich hierzu sehr dezidiert unter Zuhilfenahme unbestimmter Begriffe: Mit der verständigen Würdigung des Wesens der Ehe soll eine objektive verständige Würdigung gemeint sein,

"eine Würdigung, die in den Kreisen des betreffenden Eheschließenden von jedem normal denkenden Verständigen angestellt wird, so daß nicht als verständig zu gelten hätte, wer von einer anderen Würdigung des Wesens der Ehe ausgeht." 2) "Nur solche Eigenschaften sind bedeutsam, die jedem normalen Menschen aus diesen Gesellschaftskreisen, der verständig das Wesen der Ehe würdigt, die Eheschließung verleiden." 3)

Die ganz überwiegende Literaturmeinung sah jedoch den subjektiven und objektiven Maßstab als kumulative Elemente bei der Bewertung der Situation an. [4]

IV. Der Scheidungsgrund der Zerrüttung der Ehe § 1568

1. Inhalt und Bedeutung

Das BGB kannte vor der Einführung des Ehegesetzes von 1938 fünf Scheidungsgründe. Diese unterteilte man in absolute und relative Scheidungsgründe. Absolute Scheidungsgründe waren: § 1565 (wegen Ehebruchs), § 1566 (wenn der eine dem anderen nach dem

---

1) Soergel, Kommentar, § 1333 Anm. 2; Muskat, Gruchot 42, 785; Rietschel, AcP 04, 352 ff
2) Rietschel, aaO S. 353
3) Rietschel, aaO S. 354
4) Planck, Gesetzbuch S. 67; Endemann, Lehrbuch S. 658; Sauer, Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht S. 211; Crome, System S. 211; Eck-Leonhard, Vorträge S. 375; Opet-Blume, differenziert S. 63

Leben trachtet), § 1567 (wegen böslicher Verlassung), § 1569 (wegen Geisteskrankheit). [1]

Als relativer Scheidungsgrund wurde § 1568 angesehen, nach dem ein Ehegatte auf Scheidung klagen konnte, wenn der andere Ehegatte durch schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten eine so tiefe Zerrüttung [2] der ehelichen Verhältnisse verschuldet hatte, daß dem Kläger die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden konnte. Da es sich bei § 1568 um einen relativen Scheidungsgrund handelte, d. h. eine Abwägung stattfinden mußte, ob die Ehe zu scheiden war, was nur dann möglich sein sollte, wenn aufgrund der Verfehlungen des einen Ehegatten dem anderen die Fortsetzung der Ehe unzumutbar geworden sei, wurden Ausführungen zum Wesen der Ehe gemacht, obwohl dieser Begriff in der Norm selbst nicht vorkommt.

Der relative Scheidungsgrund des § 1568 stellte ein Novum in der Geschichte des Scheidungsrechts dar und war bei den Ausarbeitungen zum BGB sehr umstritten. So wurde gegen diese Regelung vorgebracht, daß, wenn man davon ausginge, die Ehe sei eine höhere sittliche und rechtliche Ordnung, man auch von den Ehegatten verlangen müsse,

"daß sie den Aufgaben, welche das Wesen der Ehe, wie sie sein solle an sie stelle, in Erfüllung einer sittlichen und rechtlichen Pflicht genügten, auch wenn die Liebe, welche sie ursprünglich vereint habe, geschwunden sei." 3)

---

1) Ob § 1569 ein absoluter oder nur ein relativer Scheidungsgrund sei, was u. a. behauptet wurde und umstritten war, kann hier unerörtert bleiben; dazu Wolf-Lüke-Hax, S. 58 f Anm. 133 ff

2) Die Ehe mußte zwar zerrüttet sein, es liegt aber noch kein Zerrüttungsprinzip zugrunde, sondern immer noch der Verschuldungsgedanke; das Zerrüttungsprinzip findet erst durch das EheG 38 Einzug in das Eherecht, denn § 1569 (Scheidung ohne Verschulden wegen Geisteskrankheit) war eine Ausnahme.

3) Mugdan, Materialien S. 905

So wurde auch in der Reichstagskommission hervorgehoben, daß der Richter durch § 1568 nicht die Möglichkeit habe, den Katalog der Scheidungsgründe beliebig zu erweitern, sondern daß das vorhandene Gesetz die Prinzipien klar fixiert, somit der Richter nur noch im jeweiligen Einzelfall nach Abwägung aller Umstände zu entscheiden habe, ob die Aufrechterhaltung der Ehe gegen den Willen des einen Ehegatten diesem zuzumuten ist. [1] Im Laufe der Jahre wurde § 1568 zum "Universalinstrument" des Scheidungsrechts, wie es Mitteis 1929 bezeichnete. [2]

2. Die drei Voraussetzungen des § 1568

Ausführungen zum Begriff des Wesens der Ehe findet man zu den drei Problemkreisen des § 1568.

a) Die Frage nach der Pflichtverletzung

Ob eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten vorlag oder ob ein ehrloses oder unsittliches Verhalten gegeben war, hat der Richter unter Würdigung aller Umstände des einzelnen Falles (insbesondere auch der Persönlichkeit der beiden Gatten) und unter Berücksichtigung des Wesens der Ehe als eines

---

1) Reichstagskommissionsbericht S. 204; Gegen diese Bestimmung ist vorgebracht worden, daß sie aufgrund des "weiten Spielraums richterlichen Ermessens" ein "Kautschukparagraph", eine Art zivilrechtlichen "groben Unfugs" sei, Schmidt und Kuhlenbeck zit. nach Staudinger-Engelmann Anm. 7 zu § 1568. Obwohl der Ermessensweite des Richters eine gewisse Skepsis entgegengebracht wurde, fand § 1568 allgemein Zustimmung, beispielhaft hier Davidsohn, Ehescheidung S. 58 Randnote.

2) Mitteis, Festgabe S. 204

vorwiegend sittlichen Verhältnisses nach freiem Ermessen zu entscheiden. Die Frage ist im wesentlichen tatsächlicher Natur, [1] aber auch Rechtsfrage insofern, als die Erwägungen des Tatrichters nicht auf unrichtiger Auffassung des Wesens der Ehe und der daraus erwachsenden Pflichten beruhen dürfen. [2]

Bei der Vielgestaltigkeit des Lebens lassen sich die allgemeinen, dem Begriff und Wesen der Ehe entsprechenden Pflichten nicht aufzählen, es wird hier auf die in den Motiven niedergelegten Grundsätze verwiesen. [3]

Nach Opet-Blume [4] ist bei § 1568 der Pflichtenkreis aber noch weiter, denn es werden

"auch die Gesamtheit der rein auf ethischer Grundlage ruhenden Pflichten der Ehegatten gegeneinander, etwa die Pflicht zur geistigen Gemeinschaft miteingeschlossen ..."

b) Die Frage nach der Zerrüttung

Als Folge einer ehelichen Pflichtverletzung muß eine Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses herbeigeführt worden sein. Unter der Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses ist die völlige Zerstörung der sittlichen Grundlage der Ehe zu verstehen. [5] [6]

---

1) RG JW 1900, 726; RG JW 1905, 24; RG JW 1913, 379
2) RG JW 1909, 52; WarnE 1914, Nr. 219, Nr. 336; WarnE 1917, Nr. 120; Planck, Gesetzbuch, Anm. 1 zu § 1568; Türcke-Niedenführ-Winter, Bürgerl. Gesetzb., § 1568 mit umfangreicher Rechtsprechungsangabe; Staudinger-Engelmann, Anm. 5 zu § 1568
3) Sauer, Eheschließungs- u. Ehescheidungsrecht S. 499
4) Opet-Blume, Familienrecht, Anm. 3a zu § 1568
5) Mugdan, Materialien S. 301
6) Äußerst kritisch äußert sich hierzu Neustadt, Eherecht S. 297: "Der objektive Tatbestand reicht zur Begründung des Scheidungsrechts nicht aus. Vielmehr muß hinzukommen, daß das Verhalten des Gatten eine tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat. Das Verschuldungsprinzip also ist

In den Ausführungen der Literatur und Rechtsprechung herrscht eine gewisse Unklarheit über die Art und Weise dieser Feststellung, die wohl auch darin begründet liegt, daß die Frage der Zerrüttung mit der Frage nach der Zumutbarkeit der Aufrechterhaltung der Ehe verquickt wurde. Überwiegend wurde wohl angenommen, daß die Feststellung der Zerrüttung auf doppelte Weise zu geschehen hat:

Nachdem von einem objektiven Standpunkt aus geprüft worden ist, ob die Pflichtverletzung eine zerrüttende Eigenschaft besitzt, was zunächst ohne Rücksicht auf die persönliche Eigenart des anderen Ehegatten zu geschehen hat, [1] muß nunmehr subjektiv und objektiv die Zerrüttung festgestellt werden. Objektiv ist festzustellen, ob die Pflichtverletzung vom Standpunkt eines Ehegatten, der sich seiner durch die sittliche Lebensordnung der Ehe begründeten Pflichten voll bewußt ist, als Zerrüttung aufgefaßt werden muß. Subjektiv ist herauszufinden, ob auch nach dem persönlichen Empfinden der Ehegatten eine Zerrüttung der Ehe vorliegt. [2]

Dabei ist vom Richter zu berücksichtigen, daß Charakter, Bildung, soziale Stellung der Ehegatten, Persönlichkeit sowie das gesamte beiderseitige Verhalten zu unterschiedlichen Bewertungen führen kann. [3] Nach Ansicht von Staudinger-Engelmann ist der häufig zitierte Satz des Reichsgerichts aus dem Jahre 1894:

---

strikt festgehalten. Mag das eheliche Verhältnis noch so schwer zerrüttet sein; ein Grund zur Trennung ist gesetzlich nur gegeben, wenn ein Verschulden eines Gatten vorliegt. Dieser Standpunkt verkennt die Basis der Ehe. Ihm erscheint immer noch die Scheidung mit ihren Folgen als eine Art Strafe, die daher einen Schuldigen voraussetzt, während billigerweise die Scheidung zugelassen sein sollte, sobald der Ehe die Grundlage entzogen ist."

1) Staudinger-Engelmann, aaO
2) RG DR 1908, Nr. 542; Sauer, aaO; wohl auch Neumann, Handausgabe, Anm. 1b zu § 1568
3) Staudinger-Engelmann, Anm. 7 zu § 1568; Planck, aaO Anm. 4 zu § 1568

"Das innere Wesen der Ehe ist von dem Stande und der Lebensstellung der Parteien unabhängig" 1)

hier nur noch bedingt anwendbar. Es könnte behauptet werden, daß kein Verhalten so beschaffen sei, daß es unter allen Umständen oder unter keinen Umständen ein Scheidungsgrund iSd § 1568 sein muß. 2)

c) Die Frage nach der Zumutbarkeit

Nachdem durch eine Pflichtverletzung eine Zerrüttung der Ehe festgestellt worden ist, muß schließlich die Fortsetzung der Ehe dem anderen Teil nicht mehr zuzumuten sein.

"Dem Wesen der Ehe als einer auf sittlicher Grundlage beruhenden Lebensgemeinschaft und einer über dem Willen der Eheleute stehenden Ordnung soll ein Maßstab dafür entnommen werden, ob ungeachtet der grundsätzlichen Unverbrüchlichkeit des Ehegelübdes es dennoch in Rücksicht sowohl auf die Schwere der Verfehlungen des anderen Teils als auch auf das Maß der dadurch hervorgerufenen subjektiven Entfremdung mit dem sittlichen und rechtlichen Empfinden unvereinbar sein würde, dem gekränkten Gatten anzusinnen, daß er unter Hinnahme der erlittenen Kränkung das eheliche Verhältnis aufrechterhalte." 3)

Unter Bezugnahme auf frühere Entscheidungen ist das Reichsgericht dazu folgender Ansicht:

"Nicht das eigene Empfinden des Klägers entscheidet darüber, ob an ihn die Anforderung noch zu stellen sei, daß er unter Hinnahme widerfahrenen Unrechts die Ehe fortsetze, sondern darüber, ob nach Lage des Falles es dem Wesen der Ehe nicht mehr entspricht, diese Zumutung an ihn zu stellen und ob vielmehr die Schwere der Verfehlungen der Beklagten so groß, die darauf beruhende subjektive Entfremdung des Klägers aber so unverwindlich ist, daß der Kläger einem derartigen Ansinnen überhoben sei, hat der Eherichter selbst nach einem der sittlichen Bedeutung der Ehe zu entnehmenden objektiven Maßstabe zu beurteilen." 4)

---

1) RGZ 34, 236
2) Staudinger-Engelmann, aaO
3) RG JW 1905, 393; WarnE 1919, Nr. 177
4) RG JW 1905, 394, 496

Wichtig ist für die Annahme einer Pflichtverletzung iSd § 1568, daß es sich um die schwere Verletzung einer aus dem Wesen der Ehe sich bestimmenden Pflicht handelt. Dies sei regelmäßig dann der Fall,

"wenn der Ehegatte die betreffende Pflicht unmittelbar und mit einer gänzlichen Mangel an ehelicher Gesinnung bekundenden Rücksichtslosigkeit verletzt." 1)

V. Kritische Zusammenfassung

Dargestellt wurden die ersten zwei Jahrzehnte der Auslegung und Anwendung des Eherechts im neugeschaffenen Bürgerlichen Gesetzbuch. Dabei handelte es sich gleichzeitig um die letzten Dezennien der deutschen Monarchie, die ihr Ende mit dem 1. Weltkrieg fand.

Prägend für diese Epoche war das liberale Bürgertum, das in bewahrender Weise in Politik und Justiz bestimmte. Das deutsche Recht wurde in diesen Jahren stark von einem begriffslogisch arbeitenden Positivismus beeinflußt, was sich in der Rechtspraxis sowohl im Recht der persönlichen Ehewirkungen als auch im Eheaufhebungs- und Scheidungsrecht zeigte.

Zum Wesen der Ehe selbst finden sich kaum konkrete Aussagen, es wird aber dennoch ständig als Argument für die herrschende Ehe- und Moralauffassung verwendet, z. B. in der umfangreichen Kasuistik zu den §§ 1353 ff. Eine Bestimmung dessen, was das Wesen der Ehe sei, erfolgte jedoch im Rahmen der untersuchten Fragenkreise nicht. Das erübrigte sich auch, da die Ehe eine über dem Willen der Ehegatten stehende sittliche Ordnung war und dem-

---

1) Erler, Ehescheidungsrecht S. 112; Davidsohn, Ehescheidung S. 61

entsprechend nicht zu deren Disposition stand. [1] Entsprechend der üblichen positivistischen Gläubigkeit an den Gesetzestext mußte der Versuch der Auseinandersetzung mit dem Begriff des Wesens der Ehe scheitern (Seidlmayer, s. o. II 6). Unter völliger Auslassung interdisziplinärer Erkenntnisse soziologischer, psychologischer, anthropologischer, ethnologischer usw. Natur, wurde die Ehe rein aus dem Gesetzestext erklärt, was zu nichts anderem als der Bestätigung der überkommenen Vorstellung unter Mißachtung gesellschaftlicher Veränderungen führen mußte.

Die gesamten Aussagen der Rechtsprechung und der Literatur waren bestimmt von der Absicht, die herrschende Meinung vom Wesen der Ehe zu erhalten (durch eine angebliche objektiv mögliche Feststellung des Wesens) und eine Abwehr des sog. "Subjektivismus", der als eine Gefahr für das Selbstverständnis des Bürgertums angesehen wurde. Für eine andere, abweichende, Meinung war dabei kein Platz, es handelte sich dann stets um "schrankenlosen Subjektivismus" [2] oder um eine Vergewaltigung naturgegebener Tatsachen.

Dieser "Subjektivismus" war nichts anderes als die beginnende und bis heute ständig andauernde Emanzipation des einzelnen Subjekts von der einengenden gesellschaftlichen Konvention dieser Zeit zu einer Persönlichkeit, die den Freiraum benötigt und beansprucht, den heute Art. 2 I GG jedem Bürger dieses Staates garantiert. Zutreffend stellte Dernburg fest, daß zwei Auffassungen in

---

1) Das RG hatte zum Hinterfragen des Begriffs auch keine Veranlassung, so Mitteis, aaO S. 192, denn wo das Gesetz selbst mit Recht sich jeder Definition enthält, kann das nicht Aufgabe der Rechtsprechung sein. Welch merkwürdiger Gedankengang! Das Gesetz erklärt nicht, was es unter dem Wesen der Ehe versteht, das Gericht soll sich ebenfalls enthalten, jedoch den (nicht erklärten) Begriff verwenden. Hier offenbaren sich exemplarisch die Hintergründe der Verwendung generalklauselartiger Begriffe.

2) Rietschel, aaO

der damaligen Zeit sich überschnitten. Einmal die überkommene Vorstellung, daß der Mann das Oberhaupt der Familie sei, zum anderen

"das mächtige Verlangen der Selbständigkeit des Individuums, vor allem auch der Gedanke der Gleichberechtigung der Frau. Diese sich widersprechenden Vorstellungen wirkten auf das Eherecht ein und brachten Regelungen hervor, die sich geradezu paralysieren." 1)

Am deutlichsten zeigt sich die geltende Ansicht vom Wesen der Ehe an der Frage der Gleichberechtigung von Frau und Mann in der Gesellschaft. Die Gleichberechtigung der Geschlechter galt im BGB als verwirklicht, tatsächlich jedoch stellten die Regelungen der §§ 1353 ff eine eindeutige Benachteiligung und Unterdrückung der Frau dar, was sich besonders im Entscheidungs- und Namensrecht der §§ 1354, 1355 manifestierte.

Eine naturrechtliche Auffassung bestimmte die Regelung des § 1354, wonach der Mann aufgrund natürlicher (körperlicher und intellektueller) Vorzüge (gezüchtet und fortvererbt) einerseits und andererseits durch die Tatsache, daß er regelmäßig (zumindest in überwiegendem Maße) die Familie ernährte, die Entscheidung in der Ehe hatte, die Frau sich unterordnen mußte. Die Berufstätigkeit von sechs Millionen Frauen wurde negiert, sie wurde immer noch als das "Heimchen am Herde" dargestellt, das geheiratet wird und nur die Grenzen ihres Haushaltes übersieht. Dieses Verständnis lag auch der Namensregelung des § 1355 zugrunde.

Die herrschende Moralvorstellung in ihrer doppelbödigen Falschheit lassen die Aussagen zur Frage der persönlichen Eigenschaften erkennen. Wurde dem Mann in sexueller Hinsicht ein erheblicher Freiraum gewährt, so galt für die Frau immer noch das Gebot der vorehelichen Virginität.

Hinter dem Begriff "sittlich" verbarg sich die nicht in Frage zu stellende Moralauffassung der Gesellschaft. Für abweichende

---

1) Dernburg, Familienrecht S. 7

Vorstellungen war kein Platz, sie wurden als "lax" und "niederen Kreisen" zugehörig abgetan. Es galten die Grundsätze, die als allgemein geltende Moral oder Sitte angesehen wurden. Eingehende Erörterungen über das Sittengesetz finden sich aber auch nicht, da das nicht notwendig erschien. "Sittlich" war das, was die allgemeine (konfessionell ausgerichtete) Anschauung bestimmte. Durch die Parallele zum Grundsatz von Treu und Glauben ließ sich jederzeit das als "sittlich" bezeichnen, was in die damaligen Moralvorstellungen paßte.

Die Verwirklichung der geltenden Ansichten geschah durch die Verwendung von Generalklauseln. Darstellungen des Eherechts sind, wie es die angeführten Zitate zeigen, angefüllt mit zahlreichen Kryptoargumenten. Die Eigenschaft der Generalklausel, daß bereits durch ihre reine Verwendung eine - nicht mehr in Frage zu stellende - Erklärung gegeben sei, lassen die Ausführungen aus dieser Zeit exemplarisch erkennen. Mit der abstrakten Formulierung einer Generalklausel entsteht der Eindruck, als ob es sich beim Wesen der Ehe um eine zeitlose Erscheinung handelt. Die Verwendung eherechtlicher Normen in dieser Zeit zeigt dabei, daß rechtliche Regeln (die z. T. eher in den Bereich der Philosophie gehören) als Werkzeuge einer zwingenden moralischen Ordnung angesehen werden.

Die ganze Fragwürdigkeit solcher Begriffe läßt sich z. B. an § 1354 II erkennen: Die nähere, brauchbare, Abgrenzung des Begriffs "Mißbrauch" durch den Rekurs auf die "rechte eheliche Gesinnung" erinnert an das Ergebnis einer Tautologie.

Ausgehend von einem nirgends gesetzlich fixierten, aber als unfraglich geltenden Unlöslichkeitsdogma, erschien es für die Frage der Aufrechterhaltung einer Ehe entscheidend, was das RG - nicht die betroffenen Ehegatten in ihrer Ehe - erkannte, d. h. dem Richter mußte es unzumutbar erscheinen, daß ein Ehegatte die Ehe weiter fortsetzte. Erst danach wurde das Empfinden

des betroffenen Ehegatten untersucht. Mitteis formuliert das so:

"Es kommt nicht darauf an, ob der Kläger die Fortsetzung der Ehe als subjektiv untragbar empfindet, sondern das nach dem sittlichen Wesen der Ehe eine Aufrechterhaltung nicht verlangt werden kann. Also aus einer höheren Ordnung als dem Willen der Ehegatten ist die Entscheidung zu entnehmen." 1)

Schwankend war die Rechtsprechung zum Verhältnis der objektiven (der herrschenden gesellschaftlichen) zur subjektiven (der der einzelnen Ehegatten) Auffassung. Das erscheint verwunderlich: § 1333 bot die Möglichkeit eine Ehe aufzuheben, wenn ein Ehegatte sich über die Eigenschaften des anderen bei der Eingehung der Ehe geirrt hatte, und nun, nach Erkenntnis des Irrtums sich bewußt wird, daß er die Ehe damals nicht geschlossen hätte. Allein aus dem Inhalt der Norm geht hervor, daß erst die Auffassung der Ehegatten zu beachten gewesen wäre und erst dann die sog. objektive Auffassung - denn schließlich handelt es sich um den Irrtum des Ehegatten! Daß häufig umgekehrt verfahren wurde, zeigt nur, daß damals die individuellen Auffassungen und Wünsche der Ehegatten sich der herrschenden Vorstellung anzupassen hatten. Überspitzt ausgedrückt bestimmte das RG, wann sich jemand geirrt hatte und diese Ehe nicht eingegangen wäre. Die Ehe konnte für die Ehegatten eine das ganze Leben zerstörende Bindung darstellen. Entsprach das Verhältnis dennoch (nach Ansicht des Gerichts) "der christlichen Gesamtanschauung des deutschen Volkes", so mußten die Ehegatten an ihrem (nur noch formalen) Verhältnis festhalten.

Abschließend kann gesagt werden, daß der im Gesetz und in den Materialien verwendete Begriff des Wesens der Ehe in den Jahren von 1900 - 1918 genau so ausgelegt und gehandhabt wurde, wie es aufgrund der gesetzgeberischen Aussagen in den Mate-

---

1) Mitteis, aaO S. 206 mwN aus der Rechtsprechung

rialien zu erwarten gewesen war. Sicherlich war das methodisch nicht verfehlt, es wurde aber in erdrückender (Un\Bestimmtheit jegliche abweichende Meinung als gesellschaftszersetzend abgetan und der kryptoargumentatorische Rahmen des Begriffs voll ausgeschöpft. Dabei unterlag man zwangsläufig der Verwechslung, daß die so viel beschworene Einheit der Ehegatten in der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht Ausgangspunkt des Eherechts sein kann, sondern nur eine Aufgabe desselben (Weber, s. o. II 5).

... so geht dank der dem Mann zustehenden eheherrlichen Gewalt seine Entscheidung der ehefräulichen vor: Die Ehefrau hat einfach zu gehorchen.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1924

Die Ehegatten bestimmen über alle das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten in freier Willensübereinstimmung.

Dronke, Gutachten zum 36. DJT 1930

Dritter Teil

Das Eheverständnis in der Weimarer Republik 1918 - 1933

I. Die Weimarer Verfassung und die gesellschaftliche Neuorientierung

1. Die Weimarer Verfassung

Mit der Errichtung der Weimarer Republik, ist die erste große zeitgeschichtliche Zäsur zu verzeichnen. Im hier gesteckten Rahmen kann nur kurz, gleichsam stichpunktartig, auf die rechtliche Grundlage des neuen Staates eingegangen werden. Politische und staatsrechtliche Hintergründe müssen hier unerörtert bleiben.

Mit dem Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung (14.8. 1919) ist die Geschichte des deutschen Kaiserreiches zu Ende gegangen.

Aus den Wirren der Nachkriegszeit ging eine Nationalversammlung hervor, die aufbauend auf dem grundlegenden Entwurf des Berliner Staatsrechtlers Hugo Preuß, nach langen Debatten die erste demokratische Verfassung für ein einheitliches Deutsches Reich annahm. Der verfassungsrechtliche Entwurf von Preuß basierte auf Gedankengut, das die modernen liberalen Verfassungen des 18. und 19. Jahrhunderts (Paulskirche, England, Amerika, Schweiz und Frankreich) prägte. [1] Mit dieser ersten demokratischen Verfassung hatte Deutschland auch zum ersten Mal einen für sein ganzes Gebiet geltenden und praktizierten Grundrechtskatalog. [2] [3]

Vergleicht man den Vorspruch zur Verfassung von 1871 mit der Präambel der Weimarer Reichsverfassung, so ist ein deutlicher Wandel zu verzeichnen: Nunmehr gibt es nicht mehr einen Bund von Staaten, sondern ein Gemeinwesen, ein ganzes deutsches Volk. [4] Unabhängig von dieser grundlegenden Veränderung wurde dennoch die Weimarer Republik nicht nur als Rechtsnachfolger, sondern als ein mit dem Kaiserreich identischer Staat angesehen. [5] Dieser unitarische Gedanke eines einheitlichen deutschen Staates spiegelt sich auch in der Verfassungsstruktur wider, speziell im Grundrechtsteil. Seine Aufnahme stellte einen "Akt der

---

1) Dazu Laufs, Rechtsentwicklungen S. 254; Menger, Verfassungsgeschichte S. 170; Besonders Hattenhauer, Hierarchie und Demokratie S. 215 ff, macht auf die geistesgeschichtlichen Verbindungen der Paulskirchenverfassung mit der Weimarer Reichsverfassung aufmerksam.

2) Dazu: Kimminich, Verfassungsgeschichte S. 491

3) Die in der Frankfurter Paulskirche proklamierten Grundrechte des Deutschen Volkes von 1848 waren bereits 1851 vom Bundestag aufgehoben worden. Die Verfassungen des Norddeutschen Bundes und des Kaiserreiches von 1871 enthielten keinen Grundrechtsteil, diesbezüglich wurde auf die Grundrechte in den Landesverfassungen verwiesen, hierzu Kimminich, aaO; Laufs, aaO S. 261

4) Laufs, aaO S. 254 f; Forsthoff, Verfassungsgeschichte S. 168

5) Kimminich, aaO S. 488; Laufs, aaO S. 255

Pietät" gegenüber der Paulskirche dar. [1]

Aufgeteilt ist die Verfassung in zwei Hauptteile, von denen der zweite überschrieben ist "Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen" und in fünf Abschnitte, über die Einzelperson, das Gemeinschaftsleben, Religion und Religionsgesellschaften, Bildung und Schule sowie das Wirtschaftsleben, gegliedert ist. Bedeutsam für die vorliegende Arbeit sind im Abschnitt über die Einzelperson die Art. 109 (Gleichheitsgrundsatz sowie Gleichheit von Mann und Frau) und Art. 119 (Ehe und Familie). Die Verschiedenartigkeit dieser Überschriften zeigt, daß der Grundrechtsteil der Weimarer Verfassung ein Gemenge, ein Kompromiß, der unterschiedlichsten Ansichten, Wünsche und Initiativen der damals aktiven Gruppierungen ist.

"... dieser zweite Teil der Weimarer Verfassung enthält keine volle Lösung, er bringt keine wirklich schöpferische Neugestaltung des Verhältnisses von Individuum und Gemeinschaft im demokratischen Staatswesen ... Neben den alten liberalen Sätzen von der Gleichheit vor dem Gesetz, der Gewissensfreiheit und Freiheit der Religionsübung, der freien Meinungsäußerung, der Versammlungs- und Pressefreiheit finden sich moderne soziale Forderungen wie Schutz der Mutterschaft und der Jugend, des unehelich geborenen Kindes, Schutz von Denkmälern und Kunstwerken, staatliche Überwachung der Verteilung und Nutzung des Bodens, Vergesellschaftung der für Gemeinwirtschaft geeigneten Betriebe, Schutz der Arbeitskraft und Recht auf Arbeit usw." 2)

Dem Grundrechtsteil kommt auch nicht die Bedeutung zu, die dem heutigen Grundrechtskatalog des Grundgesetzes beizumessen ist. Bei den Grundrechten der Weimarer Republik handelt es sich vielfach um allgemeine Richtlinien, einige Grundrechte waren sogar nur Programmsätze für eine künftige Regelung durch Gesetze. [3] Zutreffend charakterisierte Laufs den zweiten Hauptteil der Ver-

---

1) Hugo Preuß, zitiert nach Hattenhauer, aaO S. 216
2) Apelt, Geschichte S. 296 f; Stier-Somlo, Reichsverfassung S. 76 f
3) Menger, aaO S. 170; Forsthoff, aaO S. 184

fassung als einen Kompromiß zwischen bürgerlich-liberalen, christlichen und sozialistischen Postulaten. [1]

Vergegenwärtigt man sich die Situation, in der die Weimarer Verfassung geschaffen wurde, so sind mehrere Faktoren bestimmend: Ein jahrhundertealtes Kaisertum ging zu Ende, ein Weltkrieg, mit noch nie dagewesenem Schrecken und Leid war verloren und aus einer revolutionären Phase ging eine Nationalversammlung hervor, die die Einheit des Volkes und des Gebietes in einer Verfassung beschwor. Kaiserreich und Republik sollten identisch sein. Hinzu kam die Not der Nachkriegsjahre, verstärkt durch die Zwangsmaßnahme der alliierten Reparationsansprüche.

Hier ist nicht der Raum, die Gründe des Unterganges der Weimarer Republik nachzuvollziehen. Mit Sicherheit aber war eines der Grundübel die mangelnde Bereitschaft des Volkes, von Bürgern, Beamten und Soldaten, in einer Republik zu leben; die Zeit - oder besser - die Menschen waren hierfür noch nicht reif, zu viele Bürger hatten noch Vorbehalte und Ressentiments gegenüber der Republik.

Zu sehr war in der damaligen Zeit das Leben noch geprägt von den Jahrhunderten kaiserlicher Herrschaft. [2] Mit wenigen Worten skizziert Hattenhauer treffend die Situation der Weimarer Republik: [3]

"Die Republik war ungeliebt und zerbrach endlich daran, daß sie keine werbende Kraft entfalten konnte. Zwar fehlte es nicht an po-

---

1) Laufs, aaO S. 263

2) Hierzu: Forsthoff, aaO S. 185; Laufs, aaO S. 264; Menger, aaO S. 173; Hartung, Verfassungsgeschichte S. 335 macht darauf aufmerksam, daß mit der wirtschaftlichen Katastrophe eine sowohl wirtschaftliche als auch seelische Entwurzelung breiter Schichten des Mittelstandes einherging, die bisher feste Stützen der Staats- und Gesellschaftsordnung gewesen waren.

3) Hattenhauer, aaO S. 211

litischen Zielvorstellungen bei einzelnen Politikern. Aber es fehlte eine gemeinsame Überzeugung vom neuen Reich. Es brach eine Zwischenzeit an, von der niemand wußte, wie ihr Ende sein würde. Ein Reich ohne solides Selbstverständnis und ohne politische Hoffnung. Ein Reich, das sich als Beiprodukt einer militärischen Katastrophe ergeben hatte, das niemand verhindern konnte und niemand lieben wollte."

So bleibt ein großer Einschnitt deutscher Geschichte festzuhalten, der aufgrund der vielfältigen und komplizierten Gegebenheiten dieser Zeit eine grundlegende Veränderung gesellschaftlich-sozialer Strukturen mit sich brachte. Welche Veränderungen dies auf dem Gebiete des Eherechts und speziell zum Ehebild brachte, muß in der weiteren Darstellung aufgezeigt werden.

2. Die Folgen des Krieges und die gesellschaftliche Neuorientierung

Eine Betrachtung der Rechtsprechung und Literatur der Weimarer Republik, d. h. der Zeit nach dem 1. Weltkrieg bis zur Machtübernahme durch den Nationalsozialismus, erfordert zuallererst eine Vergegenwärtigung der gesellschaftlichen Situation und der Lage der Gerichte nach dem verlorenen Krieg in Deutschland. Ohne den Hintergrund der Nachkriegsschwierigkeiten und des Neuanfangs mit denen das Volk und die Richter zu kämpfen hatten, sollte man sich vor einer zu voreiligen Kritik hüten.

Wie aus Statistiken hervorgeht, nahm die Zahl der Scheidungsverfahren nach dem Krieg sprunghaft zu und erreichte 1920/1921 ihren höchsten Stand. Die Gerichte wurden überschüttet mit Scheidungsverfahren in einer Anzahl, die selbst in "geordneten und ruhigen" Zeiten die Instanzen vor eine nicht zu bewältigende Aufgabe gestellt hätten. [1)]

1) Dazu Wolf-Lüke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht S. 199 ff; Rosenberg, Curt, Ehescheidung und Eheanfechtung S. 187 ff

Auf je 100.000 der Bevölkerung kamen Ehescheidungen

1913	24,5
1919	35,0
1920	59,1
1921	59,7
1923 - 1928 Durchschnitt	57,0 1) 2)

Ursache für die hohe Zahl von Scheidungsverfahren war die politische und gesellschaftliche Umstrukturierung. Mit dem Ende der Monarchie löste sich auch die gesellschaftliche Ordnung auf, es schwanden ebenso ihre Ideen, Institutionen, Sitten und Konventionen. Hinzu kamen die Folgen eines jeden Krieges und des durch ihn verursachten Zusammenbruchs der Ordnung. Große Teile des Volkes waren vertrieben und heimatlos geworden, versuchten sich ziel- und ruhelos in der bestehenden allgemeinen Not neu zu orientieren; es fehlte das Vertrauen, das ein Volk zu einer bestehenden Ordnung (und sei sie auch noch so kritisiert) benötigt. Der bisherige Pfeiler der Gesellschaft, der bürgerliche Mittelstand, hatte durch den Krieg und die wirtschaftliche Katastrophe fast gänzlich aufgehört zu existieren und fehlte als stabilisierendes, erhaltendes, Moment.

Dieser Situation einer völligen Veränderung der Lebensauffassung und der sozialen Wirklichkeit, verbunden mit der Notlage der Nachkriegsjahre, sahen sich zahlreiche Menschen nicht gewachsen, was sich entsprechend auf die Entwicklung der Ehen und der Ehescheidungszahlen auswirkte. Unmittelbar nach dem Kriege

---

1) Zahlenmaterial bei Baumert, Deutsche Familien S. 31 mwN; Wolf-Lüke-Hax, aaO S. 457 ff mit weiteren Aufschlüsselungen

2) Vergleichsweise interessant ist, daß Frankreich und das Deutsche Reich mit Abstand die höchsten Scheidungsziffern in Europa nach dem 1. Weltkrieg hatten. Dazu Rosenberg, aaO S. 188 mit weiteren Aufschlüsselungen.

schnellte als Folge des politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Zusammenbruchs die Scheidungszahl hoch. In den Jahren von 1923 - 1927 zeigte sich eine allgemeine Festigung und ab 1928/1929 steigt die Scheidungszahl als Folge zunehmender wirtschaftlicher Verschlechterung wieder an und erreicht die Höchstrate von 1920 und 1921. [1)]

So erklären sich auch die sog. Goldenen Zwanziger Jahre, die bekanntlich gar nicht so golden waren; als Ausdruck einer verzweifelten, aber auch sehnsuchtsvollen Lebensgier, einer Jagd nach Glück und Macht, stellen sie eine Reaktion auf Krieg und Not dar.

Häufigste Ursachen für die hohen Scheidungsziffern waren die konkreten Folgen des Krieges. Es gab zahlreiche übereilt geschlossene Kriegsehen, die von vornherein keine Existenzgrundlage hatten, andere Ehen, die durch die langjährige Kriegstrennung zur Entfremdung geführt hatten und eine Reihe ähnlicher Gründe. [2)]

Bedeutsam in dieser Zeit war auch die Stellung der Frau nach dem Weltkrieg. Beispielsweise hatten zahlreiche Frauen die Geschäfte des Mannes weitergeführt, Arbeit aufgenommen und Kinder alleine großgezogen. Alle diese gesellschaftlichen Neuerungen hatten natürlich auch zu einem veränderten Selbstverständnis geführt, so daß viele Frauen sich dadurch auch nicht wieder in die alten Abhängigkeitspositionen begeben wollten. [3)] Auch der gesamte Bereich des Verhältnisses der Geschlechter zueinander, Sexualfragen und Sexualmoral war in Bewegung geraten. Die Revolution hatte für die Frauen das Wahlrecht gebracht. [4)] Hatten die Frauen während des Krieges viele Tätigkeiten aus der Notsituation heraus

---

1) Hierzu Wolf-Lüke-Hax, aaO S. 200
2) Wolf-Lüke-Hax, aaO S. 198
3) Wolf-Lüke-Hax, aaO
4) 38 Frauen (18 SPD) ziehen in die Nationalversammlung ein.

übernehmen müssen, so zeigte sich nunmehr, daß die Zulassung der Frauen dazu keinesfalls vom Gedanken der Emanzipation getragen war, sondern sich als eine Folge der Notlage darstellte. [1] Es folgten Entlassungen, um den aus dem Krieg heimkehrenden Männern wieder Arbeit zu geben. [2] Kampagnen gegen die Doppelverdienerehe (bei denen der "zweite" arbeitende Ehegatte, also die Frau, einem Mann Arbeit "wegnahm") richteten sich gegen die Frauenarbeit überhaupt. Dennoch nahm die Zahl der weiblichen Erwerbstätigen nach dem Kriege zu, speziell unter den Angestellten. Begründet war dies einerseits durch eine zunehmende Mechanisierung des Handelsgewerbes, durch den kriegsbedingten Frauenüberschuß und die durch die Inflation hervorgerufene Verarmung des Mittelstandes. [3]

Ab 1921 verzeichnete die Frauenbewegung einen Stillstand und Rückgang. Frauen wurden auf "weibliches Arbeitsgebiet" verwiesen, sie werden wieder mit unpolitischen Tätigkeiten beschäftigt. In den zwanziger Jahren ist im Rahmen der allgemein sinkenden Mitgliederzahlen der Gewerkschaften auch ein entsprechendes Zurückgehen der weiblichen Mitgliederzahlen zu verzeichnen. Noch 1930 wird festgestellt, daß im weitesten Umfang Frauen schlechter entlohnt werden als Männer. [4] Und schließlich: Auf der ersten Generalmitgliederversammlung der NSDAP im Jahre 1921 wird beschlossen, daß eine Frau niemals in der Führung der Partei oder eines leitenden Ausschusses vertreten sein kann.

---

1) Sehr anzuzweifeln sind deshalb die euphorischen Aussagen von Rebstein-Metzger im Gutachten zum 36. DJT, 1930, Bd. I, 2. Lieferung S. 540 ff wonach u. a. sich das biblisch patriarchalische Verhältnis zwischen Mann und Frau nicht nur gelockert habe, "sondern in weitem Umfange zugunsten einer auf Gleichberechtigung beruhenden Kameradschaft in der Ehe aufgelöst hat", S. 543 und passim

2) Kurzzeitig war die Zahl der erwerbstätigen Frauen auf dem Stand von vor dem Kriege angelangt.

3) Puder, Diss., S. 10 f

4) Hierzu: So ist es geworden, S. 34

Zusätzlich zu allen diesen Problemen, wurde die Arbeit der Gerichte dadurch erschwert, daß sie wie viele öffentliche Institutionen mit allgemeinen Nachkriegsschwierigkeiten zu kämpfen hatten. So rissen Krieg und Kriegsgefangenschaft Lücken in die Reihen der Richter, die zu einem Personalmangel führten und folglich die verbliebenen überlasten mußten. Der Krieg und die Nachkriegszeit hatten zu einer Fülle von neuen Sachfragen geführt, die die Richter vor schwerste Aufgaben stellten. [1] Weiter erschwerten die Arbeit die durch den Krieg nicht erledigten zahlreichen Prozesse. Bezüglich der anliegenden Scheidungsbegehren führte das dazu, daß die Gerichte um überhaupt durchzukommen "der Welle ihren Lauf ließen" [2] und eine enorme Anzahl von Scheidungsverfahren im Eiltempo durchbrachten. [3]

Zur Frage danach, ob sich diese gesellschaftliche Veränderung auch auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts auswirkte, die als materielle Grundlage das unveränderte Recht des BGB hatte, d. h. ob das Reichsgericht in seiner Auffassung vom Wesen der Ehe (die sich in der Gesellschaft anfing zu wandeln) und dem Sinn der Ehescheidung sich der Zeit angeglichen hatte, sagte im Jahre 1929 Heinrich Mitteis:

"Will man den heutigen Standpunkt des Reichsgerichts generell kennzeichnen, so kann man sagen, daß es nirgends von der strengen Linie abgewichen ist, die ihm der Geist der Motive und des fertigen Gesetzeswerkes vorgezeichnet hatten - eine Anschauung, die von der prinzipiellen Unauflöslichkeit der Ehe als einem hohen, wenn auch praktisch nicht mehr durchführbaren Ideal ausgin-

---

1) Dazu Rüthers, Auslegung S. 13 ff. Als die wichtigsten Probleme, die durch die "einschneidenden Änderungen der Sozialexistenz" (Flume) hervorgerufen wurden, sei hier stichpunktartig genannt: Die kriegsbedingte wirtschaftliche Unmöglichkeit, die Aufwertungsfrage, der Wegfall der Geschäftsgrundlage. Dazu ausführlich Rüthers, aaO, passim; Hattenhauer, Hierarchie und Demokratie, Rdn. 547 ff

2) Wolf-Lüke-Hax, aaO S. 203

3) Wolf-Lüke-Hax, aaO

gen und die Scheidung als eine ultima ratio nur eintreten lassen wollte, wenn durch schwere Schuld eines Teiles eine völlige Zerreißung eines Ehebandes eingetreten war. Nirgends hat sich das Reichsgericht von Zeitströmungen beeinflussen lassen, im Gegenteil, es wird sich zeigen, daß seine Rechtsprechung in der Nachkriegszeit die materiellen Voraussetzungen der Scheidung eher schärfer als vorher gestaltet hat. Inwieweit dies freilich in bewußter Reaktion gegen Auflösungstendenzen geschehen ist, läßt sich von außen her schwer beurteilen." 1)

Für diese strenge und bewahrende Auffassung zum Ehescheidungsrecht (die aber nichts zur Eile und Nachlässigkeit bei den Verfahren selbst aussagt [2]) dürfte mitursächlich sein, daß ein deutlicher Generationsunterschied zwischen Reichsgerichtsrichtern und streitenden Ehegatten vorhanden gewesen war; zu dieser Zeit war der Zugang zu höchsten Ämtern auch mit einem höheren Alter verbunden.

Auf dieses Problem des Richters in einer schweren und unruhigen Zeit wird erneut - und dort besonders nachdrücklich - bei der Behandlung des Nationalsozialismus zurückzukommen sein.

II. Das Wesen der Ehe in Literatur und Rechtsprechung

1. Das Ehebild in der führenden Literatur und Rechtsprechung

a) Die allgemeine Konstanz der Auffassungen

Ein näherer Vergleich der einschlägigen Kommentare und Lehrbücher läßt sehr schnell zu der Feststellung gelangen, daß sich wesentliche Veränderungen oder gar neue Auffassungen zum Be-

---

1) Mitteis, Festgabe S. 203
2) Wolf-Lüke-Hax, aaO

griff des Wesens der Ehe nicht ergeben haben. [1] In der führenden rechtswissenschaftlichen Literatur und in der Rechtsprechung ist in den grundlegenden Fragen zur Ehe eine Konstanz der Auffassungen seit Einführung des BGB festzustellen. Das Verständnis vom Wesen der Ehe ist mit demjenigen des Kaiserreiches identisch. Neue Auflagen bekannter Lehrbücher und Kommentare ähneln ihren älteren Auflagen aus der Zeit des Kaiserreiches bis zur wörtlichen Übereinstimmung. Die angegebene Rechtsprechung wurde zwar im Laufe der Jahre immer umfangreicher, jedoch betreffen die Entscheidungen regelmäßig nur erklärende und präzisierende Detailfragen, nicht aber grundsätzliche Stellungnahmen zum Wesen der Ehe. [2] Dies wäre aber nach der stürmischen gesellschaftlichen Entwicklung als Folge des Weltkrieges zu erwarten gewesen. Zu allen Fragen über die Ehe werden die gleichen Ausführungen aus den Motiven [3] zitiert, werden immer wieder einige grundlegende Entscheidungen aus den ersten zwanzig Jahren der Geltung des BGB herangezogen. Überhaupt stützen sich Literatur und Rechtsprechung immer wieder auf Entscheidungen aus dem Kaiserreich. An der damals, sozusagen vorab, festgelegten Grundauffassung wurde auch weiterhin unbeirrt von gesellschaftlichen Umwandlungen festgehalten.

Drei Merkmale wurden für das Kaiserreich als bestimmend für das Ehebild hervorgehoben: Die scheinbare Gleichberechtigung,

---

1) Hierzu: Planck, 4. Aufl., 1928; Fischer-Henle, 14.A., 1931; Enneccerus-Kipp-Wolf, 6. Aufl., 1928; Cosack-Mitteis, 7. u. 8. Aufl., 1924; BGB-RGRK-Erler, 7. Aufl., 1929; Staudinger-Engelmann, 9. Aufl., 1926; Lehmann, 1926

2) Zum Vergleich: BGB-RGRK, Bd. III, 2. Aufl., 1913, BGB-RGRK, Bd. III, 5. Aufl., 1923 und BGB-RGRK-Erler, Bd. IV, 7. Aufl., 1929, jeweils zu § 1333

3) Zum Vergleich die Ausführungen in Staudinger-Engelmann, Bd. IV, Teil 1, 3./4. Aufl., 1908 und Staudinger-Engelmann, 9. Aufl., 1926, jeweils Anm. 1 zu § 1353

die Unterdrückung der Frau und ein patriarchalisch-bürgerliches Denken. Obwohl mit der Weimarer Republik eine neue Zeit angebrochen war, hat sich an diesen Auffassungen vom Wesen der Ehe nichts geändert.

So ist noch 1924 für Cosack [1] die Frau - wenn auch nicht unbeschränkt - dem Manne Untertan,

"... so geht dank der dem Manne zustehenden eheherrlichen Gewalt seine Entscheidung der ehefräulichen vor: Die Ehefrau hat einfach zu gehorchen."

Diese Regel sei ganz im Geiste des Mittelalters gedacht, wie Cosack zusätzlich noch betont. [2] Lehmann führt 1926 als einen leitenden Gedanken der ehelichen Beziehungen die führende Stellung des Mannes an. Darin würde sich - in abgeschwächter Form - der germanische Muntgedanke fortsetzen. Der Vorrang des Mannes entspreche dem patriarchalisch-christlichen Eheideal. [3]

Wolff [4] dahingegen zweifelt daran, ob mit der führenden Rolle des Mannes im heutigen Recht "durchweg" das Rechte getroffen ist und weist auf die in der deutschen Rechtsentwicklung zu beobachtende Befreiung der Frau hin.

Eine vergleichende Betrachtung der Rechtsprechung und führenden Literatur von Kaiserreich und Weimarer Republik ergibt somit keine wesentliche Veränderung. Hier ist eine eindeutig konstante Haltung zur Auffassung vom Wesen der Ehe festzustellen.

---

1) Cosack, Lehrbuch S. 120; ebenso Nottebom, Diss., S. 4 im Jahre 1934

2) Cosack, aaO S. 120

3) Lehmann, Familienrecht S. 59 ff. Zwar lehnt er das männliche Entscheidungsrecht als natürlich-sittliches Ideal(Motive) ab, rechtfertigt es aber doch mit dem formalistischen Argument, daß es in einer Zweiergemeinschaft keinen Mehrheitsentscheid geben könne. Daß das Gesetz hier dem Mann die Entscheidung überläßt "entspricht dem Durchschnitt der Lebenserscheinungen". Eine historisch bedingte, durch die neuere Entwicklung überholte, Häufigkeit wird hier zur Begründung!

4) Wolff in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch S. 102

Die vergangene Zeit, die Jahre des Krieges, der Wiederaufbau mit seiner gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Veränderung haben der stabilen und konservativen Anschauung führender juristischer Kreise nichts anhaben können.

b) Entwicklungen und Veränderungen

Waren die grundlegenden Strukturen der Eheauffassung in der Rechtsprechung und führenden Literatur im wesentlichen unverändert geblieben, so sind doch einige interessante Entwicklungen aufzuzeigen, die zwar keine Wandlung der Eheauffassung darstellen, die aber doch gewisse Veränderungen erkennen lassen.

aa) Zur Anfechtung der Ehe, § 1333

Die Auffassung vom Wesen der Ehe blieb auch im Rahmen der Eheanfechtung entsprechend unverändert gegenüber den Grundsätzen aus dem Kaiserreich. Die Tatsache, daß der Begriff "Wesen der Ehe" Bestandteil des § 1333 ist und verständig gewürdigt werden muß, gab auch keine Veranlassung, aufgrund der veränderten gesellschaftlichen Situation sich dazu zu äußern.

(1) Die Bescholtenheit als sittlicher Fehler

Die im Kaiserreich vertretene doppelbödige Moralauffassung bezüglich der Bescholtenheit von Mann und Frau, entsprach auch den Anschauungen in der Weimarer Republik. Weiterhin galt vorehelicher Geschlechtsverkehr der Frau als zur Anfechtung der Ehe berechtigende Schändlichkeit, durfte der Mann durchaus ei-

nem entsprechenden Lebenswandel nachgehen, ohne daß er in einer späteren Ehe Konsequenzen gewärtig sein mußte. [1]

Es wurde nunmehr differenziert: [2] Impotenz des Mannes bzw. die Möglichkeit einer lebensgefährlichen Schwangerschaft berechtigten durchaus zur Eheanfechtung, [3] dagegen stellte die Zeugungsunfähigkeit bzw. die Unfruchtbarkeit des Ehepartners keinen Anfechtungsgrund dar. [4]

War es zur Zeit des Kaiserreiches noch unerheblich, ob der Mangel der Virginität körperliche Eigenschaft oder sittliche Eigenschaft sei, so war dies jetzt eine diskussionswerte Frage. [5] Aufmerksamkeit verdienen zwei Entscheidungen des Reichsgerichts aus dem Jahre 1926, die eine neue Variante der gesellschaftlichen Wertung geschlechtlicher Belange aufzeigen.

In einem Fall des OLG Celle hatte der klagende Ehegatte zwar gewußt, daß seine Frau vor der Ehe bereits mit einem Mann Geschlechtsverkehr gehabt hatte und ihr dies "verziehen"; nicht gewußt habe er angeblich, daß sie auch noch mit zwei weiteren Männern geschlechtlichen Verkehr gehabt haben soll. Das Reichsgericht wies die Revision zurück, da es annahm, daß der Kläger auch bei Kenntnis der beiden weiteren Verhältnisse geheiratet hätte, vertrat aber im übrigen die Meinung, daß die Tatsache des Geschlechtsverkehrs mit zwei weiteren Männern durchaus einen "Rückschluß auf mangelhafte Beherrschung der Beklagten in gesellschaftlichen Dingen und damit auf einen sittlichen Fehler zulasse". [6] [7]

---

1) BGB-RGRK-Erler, Anm. 5 zu § 1333
2) Auch schon in BGB-RGRK, 5. Aufl., 1923, Anm. 5 zu § 1333
3) RG JW 1906, 167, 355; 1919, 474; WarnE 1915/16 Nr. 84; RG JW 1922, 163; RGZ 94, 125
4) RG JW 1906, 389; BGB-RGRK, 5.u.7. Aufl., aaO
5) Nach Kipp-Wolff, Lehrbuch S. 79 handelte es sich um eine körperliche Eigenschaft, während Mitteis, Festgabe S. 198 eine sittliche Eigenschaft annimmt.
6) RG WarnE 1927 Nr. 14
7) Hervorhebung nicht in der Entscheidung

In der anderen Entscheidung nahm das Reichsgericht in einer Revision auf ein Urteil des OLG Königsberg zur "wilden Ehe" Stellung.

"Das entscheidende Merkmal ist also, daß sich die wilde Ehe in voller Öffentlichkeit abspielt, daß sich die Kenntnis von diesem Treiben auch unbeteiligten Personen geradezu aufdrängt, daß die Allgemeinheit durch diesen Angriff auf ihr sittliches Empfinden schwer verletzt wird und deshalb das in wilder Ehe lebende Mädchen für sittlich unterwertig erachtet." 1)

Beiden Entscheidungen ist gemeinsam, daß die Tatsache, daß eine Frau vorehelichen Geschlechtsverkehr gehabt hatte, nunmehr als eine Art Defekt oder zumindest als ein Mangel sittlich-geistiger Art bewertet wurde. Fand man seit jeher unehelichen Geschlechtsverkehr als anstößig und unmoralisch, so wurden diese Dinge nun endgültig in den gesellschaftlichen Bereich verlagert, indem man begann, Rückschlüsse auf sittlich-geistige Fähigkeiten und entsprechende Fehler oder Defekte zu ziehen. Bisher galt vor allem der Mangel der tatsächlichen Jungfräulichkeit als verwerflich und die gesellschaftliche Ächtung wegen eines unmoralischen Lebenswandels war erst die Folge. Nunmehr bekommt die doppelbödige gesellschaftlich-herrschende Moral einen diffamierenden Zug. Wurde das voreheliche Leben bisher nur als gesellschaftlich anstößig empfunden, so bekommt die Person nun den Stempel eines geistigen Mangels aufgedrückt.

Obwohl die gesellschaftlichen Konventionen nach dem Weltkrieg sich zusehends gelockert hatten, verschärfte bzw. verengte das Reichsgericht zu diesem Bereich der Eherechtsprechung seine Auffassung. Erreicht wurde damit nur eines: Eine sich vergrößernde Diskrepanz zwischen Gesetz, Rechtsprechung und alltäglichem Leben.

---

1) RG LZ 1927, 389 f; Hervorhebung nicht in der Entscheidung

(2) Die Erzeugung von Kindern als Sinn der Ehe

Die grundlegende eherechtliche Bestimmung des ALR besagte, daß der Hauptzweck der Ehe die Erzeugung von Kindern sei. Absichtlich war im BGB eine solche Bestimmung nicht mehr enthalten. Zwar hielt man auch weiterhin die Erzeugung von Kindern als die regelmäßige Entwicklung der Verbindung von Mann und Frau in der Ehe, sah dies aber keineswegs als grundlegendes, bestimmendes, Merkmal an. Kinderlose Ehen wurden durchaus als gleichwertige Verbindungen angesehen und waren nicht mit irgendeinem moralischen oder sonstigen Makel behaftet.

Verfolgt man die Rechtsprechung zum Problemkreis der Eheanfechtung aufgrund von Impotenz/gefährlicher Schwangerschaft oder aufgrund von Zeugungsunfähigkeit/Unfruchtbarkeit, so war bisher die Unmöglichkeit Nachwuchs zu zeugen, also die reine Unmöglichkeit der Fortpflanzung, zwar ein die Ehe sehr überschattendes Moment, nicht aber als ein Anfechtungsgrund aufgefaßt worden. Schließlich heiraten zwei Menschen nicht unbedingt zum Zwecke der Zeugung von Nachwuchs.

Nunmehr ist aber auf zwei Entscheidungen aufmerksam zu machen, die gänzlich neue Auffassungen anklingen lassen und sowohl an vergangene Epochen (ALR) als auch vorallem an noch kommende Zeiten (Nationalsozialismus) erinnern.

1918 äußerte das Reichsgericht zum ersten Male,

"daß es der Regel nach, ..., dem wahren Wesen der Ehe entspricht, daß diese insbesondere auch und vornehmlich zum Zwecke der Kindererzeugung abgeschlossen wird." 1) 2)

---

1) RGZ 94, 123 (125)
2) Hervorhebung nicht in der Entscheidung

In einer Entscheidung von 1921 greift das Reichsgericht diese Entscheidung erneut auf und bestätigt sie. [1) 2)]

Es fragt sich, wie man diese beiden Urteile des Reichsgerichts bewerten soll. Tatsache ist, daß sie sich eindeutig an das ALR anlehnen. Tatsache ist aber auch, daß ungefähr 10 Jahre später die Erzeugung von gesundem rassereinem Nachwuchs oberster Sinn einer deutschen Ehe zu sein hatte. Auch wurden die grundlegenden Gedanken dazu in den zwanziger Jahren gedacht und formuliert (Hitler, Rosenberg).

Motivierend für diese Beurteilung einer Ehe mag Art. 119 I 1 WRV gewesen sein. Dort heißt es, daß die Ehe als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung stehe. Mit Recht sagt Wieruszowski dazu, daß dies zwar ein bevölkerungspolitischer Gesichtspunkt sei, der sich aber rechtlicher Faßbarkeit entziehe; es solle wohl nur dargestellt werden, daß die Ehe als legitime Grundlage für die Erhaltung und Vermehrung der Nation gelten solle. [3)]

Obwohl diese Entscheidungen sich anhören, als seien sie 20 Jahre später ergangen, sollten hier keine Verbindungslinien zu nationalsozialistischem Gedankengut gezogen werden. Beide Urteile nehmen eine Ausnahmeposition ein und dürften mit Sicherheit frei von frühem Gedanken nationalsozialistischer Prägung sein. Hier wurde wohl nur in sehr scharfer Manier ausgesprochen, was bürgerliches Allgemeingut war, nämlich, daß die Erzeugung von Kindern schlechthin zu einer Ehe gehöre. Die Geschichte des Reichsgerichts in den ersten Jahren nach der

---

1) RG JW 1922, 163
2) Wieruszowski bemängelt in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung ihren "starken rationalistischen Beigeschmack, der an die Eheauffassung des Preußischen ALR erinnert", RG JW 1922, 163 f
3) Wieruszowski, Kommentar S. 75

Machtübernahme wird diese ablehnende Einschätzung kinderloser Ehen noch bestätigen.

bb) Zum Konfessionswechsel als Scheidungsgrund, § 1568

Bereits im vorherigen Kapitel über die Zeit des Kaiserreichs war die Konfession als persönliche Eigenschaft iSd Aufhebungsrechts behandelt worden. Dort wurde festgestellt, daß nach herrschender Meinung die Konfessionszugehörigkeit keine persönliche Eigenschaft des Ehegatten sei und somit ein Irrtum darüber nicht zur Anfechtung berechtigte.

Es finden sich nunmehr zwei Entscheidungen zur Konfessionsfrage unter dem Gesichtspunkt der ehezerrüttenden Wirkung eines ehelichen Verhaltens iSd § 1568. In einem Fall war die Ehefrau von der evangelischen Kirche zur Adventistengemeinde übergetreten, [1] im anderen Fall hatte eine Ehefrau evangelischen Glaubens ihrem Ehemann vor und nach der Eheschließung versprochen, zu dessen mosaischem Glauben überzutreten, dies jedoch dann nicht getan. [2] In beiden Fällen wurden die auf § 1568 gestützten Klagen zurückgewiesen. Ein ernsthafter, nach reiflichen Überlegungen vollzogener Glaubenswechsel stehe einem jeden Ehepartner frei und würde nicht ehezerrüttend wirken. Jeder habe sich zu bemühen, daß die bereits geschlossene Gemeinschaft die Veränderung gut vertrage. Ein Glaubenswechsel stelle keinen Scheidungsgrund dar.

Eine andere Ansicht vertritt hierzu Klink. Für ihn wird es in den meisten Fällen ehezerrüttend wirken, wenn von zwei Eheleuten sich einer plötzlich dem Atheismus zuwendet; ebenso, wenn

1) RG Gruch 65, 347
2) RG JW 1917, 765 f

einer von zwei Freidenkern nunmehr sich einer sehr religiösen Glaubensrichtung anschließt. [1]

Es bleibt hier festzustellen, daß auch noch in der Weimarer Zeit in Konfessionsfragen die Rechtsprechung die neutrale Stellung des BGB verfolgte.

2. Die Gleichberechtigung der Geschlechter und Art. 119 I 2 WRV

Art. 119 I WRV

"Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und der Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter."

a) Die Geltung von Art. 119 I 2 WRV

Der zweite Hauptteil der Verfassung über die "Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen" enthält zwei verschiedene Normarten: Die Rechtssätze haben eine sofortige, aktuelle Wirkung, dahingegen stellen die Rechtsgrundsätze nur Programmsätze dar, sozusagen Richtlinien für eine zukünftige Gesetzgebung. [2] Offensichtlich war durch die Aufnahme dieses Rechtssatzes ein unvereinbarer Widerspruch zwischen der Verfassung und dem Eherecht des BGB aufgetreten. Bestimmte Art. 119 I 2, daß die patriarchalisch-herrschaftliche Organisationsform der Ehe durch eine "genossenschaftliche" Struktur ersetzt worden war, [3] so drückten so-

---

1) Klink, Ehescheidungsrecht S. 61
2) Anschütz, Kommentar, Vorbem. 6 zum 2. Hauptteil
3) Wieruszowski, Kommentar S. 80

wohl verschiedene Normen des Eherechts als auch höchstrichterliche Anwendungen von Normen weiterhin das althergebrachte Ehebild aus. So war die Frage der Vereinbarkeit von Verfassung und Privatrecht Anlaß zu einer ausführlichen Diskussion.

Die Frage danach, ob es sich nun bei Art. 119 I 2 um einen Rechtssatz mit der Wirkung "lex posterior derogat legi priori" oder um einen Rechtsgrundsatz handle, wurde eindeutig zugunsten der letzteren Lösung entschieden: Art. 119 I 2 war also nur ein Programmsatz. [1] Begründet wurde das mit einem Vergleich von Art. 119 I 2 mit Art. 109 II, der lautet:

"Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten."

Dadurch war die sofortige und wirksame Gleichheit von Mann und Frau eingeführt. Dagegen spricht Art. 119 I 2 nur davon, daß die Ehe auf diesem Grundsatz beruhe. Nach geltender Ansicht bedeutete dies, daß durch die Unbestimmtheit dieses Satzes, die Gleichberechtigung ohne weitere Regelungen nicht durchgeführt werden könne, denn die Ersetzung der patriarchalischen durch die gemeinschaftliche Eheform setze eine Neuregelung voraus. [2]

Die Auffassungen über den Sinn und Zweck eines solchen Rechtsgrundsatzes waren geteilt: Sah Düringer [3] darin einen ethischen und bevölkerungspolitischen Grundsatz programmatischer Bedeutung, so bemängelte Paul Wolf, [4] es handle sich um eine Bestimmung, die nur scheinbar tief ins Familienrecht

---

1) Beitzke, Grundrechte S. 201; Aldag, Gleichheit S. 78 f; Stier-Somlo, Reichsverfassung S. 81 f; Anschütz, Kommentar, Anm. 2 zu Art. 119; Kipp, DJZ 1922, 682 f; Hedemann, DJZ 1919, 771 f; Düringer, JW 1919, 702 f; Rebstein-Metzger, Gutachten S. 540 f; Müller, Diss., S. 30; Cohn, Diss., S. 2 f mwN; Geilenkirchen, Diss., S. 36

2) Wieruszowski, aaO S. 80; Cohn, aaO

3) Düringer, aaO

4) P. Wolf, LZ 1922, 704

eingreife, es sei nichts als ein "Fensterparagraph". Durch Art. 119 I und speziell Satz 2 sei nichts gesagt, nichts angeordnet.

Gegen die herrschende Meinung wandte sich als einziger Kröger,[1] der die Ansicht vertrat, daß Art. 119 I 2 eine ändernde Rechtsnorm darstelle, die in wenigen Worten das Eherecht umgestalte, ohne daß die Bestimmungen des BGB aufgehoben werden.[2] Bei Satz 2 handle es sich nicht um programmatische Grundsätze für künftige Gesetze, sondern hier habe der Gesetzgeber nur gestalten wollen. Seiner Meinung nach sind somit zumindest die §§ 1354 f, 1357, 1358 als der Verfassung widersprechend aufgehoben. Seine allein gebliebene Ansicht wurde von Kipp unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte widerlegt.[3] Sowohl die Befürworter als auch die Gegner dieser Bestimmung in der Nationalversammlung waren sich zumindest darin einig, daß es sich nur um ein Prinzip für künftige Normgebungen handeln solle.

So wurde Art. 119 I 2 keine Gegenwartswirkung beigemessen. Er sei nur ein Rechtsgrundsatz ethischer Natur, eine bindende Auslegungsregel, nach der die dem Manne nach BGB zustehende Leitungsbefugnis zu deuten sei, er habe eine materiellrechtliche Bedeutung insoweit, als er dem künftigen Ehegesetzgeber Wahrung der Gleichberechtigung gebiete.[4]

Zutreffend sagte Lehmann zu Art. 119 I 2, daß alles davon abhinge, ob die Kräfte, die die Aufnahme dieses Leitsatzes durchgesetzt haben, auch die Macht haben werden, ihn zu verwirklichen.[5]

---

1) Kröger, DJZ 1922, 602 f
2) Wenige Sätze später führt er jedoch aus, daß sämtliche Bestimmungen des BGB aufgehoben werden, die nicht im Einklang mit Art. 119 I 2 stehen. (?)
3) Kipp, aaO; dazu auch Kienzle, Diss., S. 95 ff
4) So Wieruszowski, aaO S. 81, 83
5) Lehmann, Familienrecht S. 11; zustimmend Kienzle, aaO

b) Die Wirkung von Art. 119 I 2 WRV und Reformvorstellungen in der neueren Literatur

War man sich darüber einig, daß dem Satz von der Gleichberechtigung der beiden Ehepartner nur programmatische Bedeutung zukam, so sind die Meinungen über die konkreten Auswirkungen des Gleichheitsgrundsatzes für die Ehe sehr verschieden.

Abgesehen von Kröger, nach dessen Ansicht diverse Normen durch Art. 119 I 2 WRV aufgehoben wurden, beschränken sich andere Autoren mit Vorschlägen, welche Eherechtsbestimmungen im Rahmen einer zukünftigen (baldigen) Reform des Eherechts zu verändern seien. [1)]

Bereits dargestellt wurde die unveränderte Auffassung vom Wesen der Ehe in der führenden Literatur und in der Rechtsprechung. Dieses konstante Ehebild beherrschte aber keinesfalls die gesamte rechtswissenschaftliche Literatur. Es ist nunmehr darzustellen, wie sich Ende der zwanziger bis Anfang der dreißiger Jahre u. a. eine Reihe von Dissertationen und Monographien [2)] mit einem zu verbessernden Eherecht auseinandersetzten. Häufig anknüpfend an die Bedeutung von Art. 119, läßt sich hier eine veränderte Auffassung zum Wesen der Ehe konstatieren.

---

1) Dies war auch das Thema von zwei Gutachten auf dem 36. DJT, Bd. I. Gutachter: Rebstein-Metzger und Dronke

2) Boden, Diss., Leipzig 1927; Frentzel, Diss., Marburg 1927; Müller, Diss., Marburg 1927; Schüler, Diss., Jena 1928; Kienzle, Diss., Tübingen 1930; Geiler, Diss. Heidelberg 1931; Stümpke, Diss., Rostock 1933; Puder, Diss. oec., Berlin 1932 zur Erwerbstätigkeit der verheirateten Frau; Cohn, Gleichberechtigung, 1932; Boden, Frentzel, Geiler, Cohn und Puder waren übrigens Frauen! Die Dissertation von Bollmann, Breslau 1928 stellt ein Musterbeispiel für eine völlige Negation der modernen Eherechtsdiskussion dar.

Völlige Einigkeit herrschte bezüglich der einschneidenden Bestimmung des § 1354. Hier war man sich darüber klar, daß eine zukünftige Regelung nur die gemeinschaftliche Entscheidung zum Inhalt haben könne. So formulierte Dronke in seinem Gutachten auf dem 36. DJT: [1]

"Die Ehegatten bestimmen über alle das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten in freier Willensübereinstimmung."

Gegenteiliger Ansicht war nur Reichel, [2] der § 1354 als durchaus vereinbar mit Art. 119 I 2 ansieht, da ihm durch die Mißbrauchsklausel des Abs. 2 "die Spitze abgebrochen" wäre.

Zwischen diesen beiden Ansichten steht der Vorschlag, den Kienzle in seiner Dissertation macht. [3] Danach ist die Bestimmung des § 1354 unnötig direkt und "rufe nur den Widerspruch der Frauen hervor". In der Sache sei zweifellos vom BGB die richtige Entscheidung getroffen! Seiner Ansicht nach, sollte man in Anlehnung an Art. 160 I des Schweizer Zivilgesetzbuches ("Der Mann ist das Haupt der Gemeinschaft") auch den § 1354 umwandeln. Darin liege von selbst das Recht im Zweifel zu entscheiden. Schließlich habe grundsätzlich der Mann das Entscheidungsrecht, "weil dies der natürlichen und historisch gewordenen Auffassung entspricht." [4]

Gegen das Entscheidungsrecht wendet sich Boden: [5] Sie bemängelt die angebliche Notwendigkeit, daß man bei einer Gemeinschaft von zwei Menschen glaube, einem das Entscheidungsrecht geben zu müssen. In ihrem Vergleich mit den skandinavischen Eherechten stellt sie fest, daß die althergebrachte Aufteilung von Mann (außerhäusliche Welt) - Frau (Haushalt) sich überholt habe,

---

1) Dronke, Gutachten S. 596; Wieruszowski, aaO S. 81; Hedemann, DJZ 1919, 771 f; Müller, Diss., S. 30
2) Reichel, DJZ 1931, 1130
3) Kienzle, Diss., S. 100
4) Kienzle, aaO
5) Boden, Diss., S. 22 f

daß eine volle Lebensgemeinschaft nur bestehen kann, wenn Mann und Frau die gemeinschaftlichen Angelegenheiten regeln, nicht aber, wenn von vornherein feststeht, wer das "Haupt" der Familie ist. [1]

Besondere Beachtung erlangte in der damaligen Zeit das Namensrecht des § 1355. Nach herrschender Auffassung ging der Mädchenname der Ehefrau, die gem. § 1355 dazu verpflichtet war, den Namen des Mannes anzunehmen, nicht unter. Fraglich war aber, ob und in welcher Form die Ehefrau berechtigt sei, ihren Mädchennamen weiter zu führen, d. h. die Frage nach der Führung von Doppelnamen bzw. nach der Annahme des Mädchennamens als gemeinsamen Ehenamen.

Dabei standen sich zwei Ansichten gegenüber: Als einziger lehnte von Tuhr in völliger Anlehnung an den Wortlaut des § 1355 die Führung eines Doppelnamens ab. [2] [3] Nach dahingegen verbreiteter Ansicht, ist die Führung eines Doppelnamens zulässig, denn füge man dem vorangestellten Mannesnamen den Mädchennamen hinzu, wird der zweite Namen "eigentlich" nicht geführt, [4] es handle sich nur um den Hinweis auf eine Familienbezie-

---

1) Boden, aaO S. 23

2) von Tuhr, Allg. Teil, I 30

3) Eine frühere Ansicht schloß sich der Reichstagskommission an, S. 125, wonach die Hinzufügung eines Mädchennamens eine Namensänderung darstelle und somit dem Landesrecht angehöre, so z. B. Planck, Kommentar, Anm. I zu § 1355; Keidel, SeuffBl, 1905, 10 - 14. Zu beachten ist aber, daß dies auch nach landesrechtlichen Regelungen nur unter zwei Kautelen möglich sein sollte: Es mußte sowohl ihrerseits ein erhebliches Interesse dargelegt werden, als auch die Einwilligung des Ehemannes vorliegen. Das schlichte Interesse der Frau daran, ihren viele Jahre getragenen Familiennamen auch weiter zu erhalten, genügte nicht. Zu Recht macht Geiler, Diss., S. 29 darauf aufmerksam, daß die von einem Landesrecht zu füllende Lücke in § 1355 gar nicht gegeben ist.

4) So zustimmend Geiler, aaO S. 30. Auch Staudinger-Loewenfeld-Riezler, Anm. III A1b zu § 12

hung. [1] Jedoch ist auch nach dieser Ansicht die Zustimmung des Ehegatten notwendige Voraussetzung für die Namenszufügung. Im Rahmen ihrer Ausführungen stellt Geiler hierzu fest, daß die Ehefrau zwar die Möglichkeit habe, ihren Mädchennamen hinzuzufügen, ein Recht darauf stehe ihr aber nicht zu. Dieser Zustand mußte Ende der zwanziger Jahre von berufstätigen Frauen als unangemessen empfunden werden und war auch in den darauffolgenden Jahren Gegenstand weiterer Erörterungen. 1928 gab es einen Antrag der Demokraten im Preußischen Landtag auf Anregung des Bundes Deutscher Frauenvereine [2] zur entsprechenden Änderung des § 1355. Der Antrag wurde mit den verschiedensten Begründungen abgelehnt: [3] Es bestehe kein Bedürfnis danach, die Frage sei auch schon bei Schaffung des BGB gründlich geprüft und abgelehnt worden, es bestehe eine Gefährdung der Rechtssicherheit, eine Lockerung des sittlichen Bandes der Ehe und schließlich entstehen Probleme der Namensführung der Kinder. [4]

Übersehen wurde dabei, daß die Frau als eigenständige Persönlichkeit ein Recht darauf haben könnte, daß ihr Name erhalten bleibe oder zumindest den beiden Partnern eine gemeinsame Bestimmungsmöglichkeit gegeben werde. Auch wurde damit negiert, daß durch die veränderten sozialen Strukturen, durch die Kriegsnachfolgen und die zunehmende Selbständigkeit beruflicher und privater Natur der Frau, sich bezüglich dieser patriarchalischen Form zunehmende Abneigung breit machte, was sich auch in den

---

1) Staudinger-Engelmann, Anm. 1 zu § 1355; BGB-RGRK-Erler, Anm. 3 zu § 1355; so bereits auch schon Opet, AcP 87, 341

2) Gegründet 1894 in Berlin. Forderungen: Aktives u. passives Wahlrecht, Aufhebung der Bevormundung durch den Mann, Gütertrennung als eheliches Güterrecht, aus: So ist es geworden, S. 20

3) Nach Geiler, aaO

4) Nach Eichhoff, DJZ 1928, 503 ff u. 867 f

Monographien von Juristinnen zeigte. Weiterhin machte sich auch der Einfluß der Frauenbewegung bemerkbar.

Das Problem des § 1355 wurde dann erneut aufgegriffen im Rahmen der beiden Gutachten von Rebstein-Metzger und Dronke auf dem 36. Deutschen Juristentag anläßlich der Frage nach den Auswirkungen von Art. 119 WRV auf das Eherecht. Die Gutachten waren sehr gegensätzlicher Auffassung. Dronke [1] setzte sich für den Doppelnamen als gesetzlichen Ehenamen ein, was zu einer Namenshäufung bei den darauffolgenden Generationen führen muß. Dabei wurde auch auf das Wahlrecht des Ehepartners eingegangen, das damals dem russischen Eherecht nachgebildet wurde. Ganz entschieden trat Geiler dieser Ansicht entgegen. [2] Nach ihrer Meinung gefährde die Erklärung vor dem Standesbeamten, daß der Mädchenname der Frau der Ehename sei, die Rechtssicherheit. Leider führt sie dazu keine Begründung an, so daß diese Ansicht nicht recht verständlich erscheint. Geiler bestärkt ihre Auffassung auch dadurch, daß solange überhaupt an einem obligatorischen Ehenamen festgehalten werde, auch von dem patriarchalischen System des Ehenamens nicht abgewichen werden sollte. [3]

Im Gegensatz zu den Ansichten Dronkes vertrat Rebstein-Metzger, daß die doppelte Namensführung nur in besonderen Fällen den Wünschen der Ehefrau entspreche. [4] § 1355 sollte dahingehend erweitert werden, daß im Bedarfsfall durch eine Erklärung gegenüber dem Standesbeamten der Doppelname geführt werden solle. Auch hierzu ergänzt Geiler, [5] die sich diesem Vorschlag anschließt, daß der ehemännliche Name aus Rechtssicherheitsgründen vorangestellt werden müsse.

---

1) Dronke, Gutachten S. 597
2) Geiler, aaO
3) Geiler, aaO S. 31
4) Rebstein-Metzger, aaO S. 563
5) Geiler, aaO

Geteilt waren die Ansichten zu § 1356, der gesetzlichen Arbeitsverteilung zwischen Mann und Frau. Sie erscheint einigen als bedenklich, da der Frau auf diese Art und Weise ein Beruf weggenommen werden kann, der ihr ans Herz gewachsen ist und zu dem sie ausgebildet worden ist. Hier werde das Bedürfnis der Frau nach Arbeit mißachtet. [1] Andererseits wurde vertreten, man könne § 1356 aber auch beibehalten, er entspreche der "deutschrechtlichen Auffassung". [2]
Müller, der sich dagegen wendet, daß aufgrund von Art. 119 WRV eine mechanische Identität von Rechten und Pflichten entsteht und daß man die nicht aus der Welt zu schaffende Verschiedenheit von Mann und Frau nicht genügend beachte, will § 1356 beibehalten; zwar muß die unentgeltliche Tätigkeit der Frau geändert werden, aber zur Aufrechterhaltung der ehelichen Gemeinschaft sei es notwendig, einem der beiden Ehegatten das Entscheidungsrecht über die Art und Weise der Tätigkeit der Frau zu geben. Es entspreche dem "natürlichen Empfinden", daß dabei dem Manne die entscheidende Rolle zufalle. [3]

Bezüglich § 1357 sind auch Stimmen zu finden, die sich mit der vorhandenen Regelung nicht mehr einverstanden erklären. Hierzu macht Rebstein-Metzger den Vorschlag, daß durch Geschäfte der Frau nunmehr die Gemeinschaft verpflichtet werden solle. [4] Der Mangel liege darin, daß die Beschränkungs- und Ausschließungsbefugnis des Mannes in dessen subjektivem Ermessen liege. Hier sei eine Regelung zu finden, die den "sachlichen Interessen beider Gatten Rechnung trage". [5]

---

1) Rebstein-Metzger, aaO S. 551 ff; Boden, Diss., S. 26 ff; auch Reichel, aaO S. 1132 ist für eine Änderung
2) Kienzle, Diss., S. 10
3) Müller, Diss., S. 50 f
4) Rebstein-Metzger, aaO S. 553 f; Kienzle, aaO S. 102; auch Reichel ist hier für Änderungen
5) Kienzle, aaO

Aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes wird auch § 1358 nicht mehr als mit der Verfassung vereinbar gesehen. Rebstein-Metzger bemängelt, daß er sich nicht mit dem Recht der Frau auf eine eigene Entscheidung für oder gegen einen Erwerbsberuf vereinbare. [1] Dagegen wendet sich Kienzle, der sich teilweise durchaus für Neuerungen einsetzt, mit einem geradezu klassischen Beharren auf althergebrachten Anschauungen: Mit der Regelung des § 1358 habe der Gesetzgeber der beruflichen Tätigkeit der Frau eine Grenze setzen wollen, denn "in erster Linie" sei sie für das Hauswesen bestimmt. Von einer minderen Einschätzung der Frau als einer selbständigen Persönlichkeit spricht der Satz (geschrieben 1930!):

"Die Möglichkeit der Kündigung ist eine Rechtswohltat für die Frau, die sich in unüberlegter Weise oder aus Not weitergehend gebunden hat, als im Interesse der Familie gerechtfertigt war." 2) 3) 4)

Ausgehend davon, daß der Gleichberechtigungsgrundsatz auch die Sexualmoral umfassen muß, war hier ein Anlaß, die Rechtsprechung darauf aufmerksam zu machen, die unterschiedliche Behandlung vorehelichen Geschlechtsverkehrs bei Mann und Frau aufzugeben. [5] Der Bund Deutscher Frauenvereine hatte 1929 in

---

1) Rebstein-Metzger, aaO

2) Kienzle, aaO

3) Hervorhebung nicht im Text

4) Völlig fehl geht auch sein Argument, selbst Marianne Weber gebe zu, daß das Kündigungsrecht des Mannes in seiner heutigen Gestalt eine richtige Konsequenz der vom Gesetzgeber zwischen den Gatten vollzogenen Arbeitsteilung ist. Sicher hat Weber das in ihrem umfangreichen Werk "Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung", S. 435, vertreten, aber zum einen für die Ehe mit Kindern und zum anderen vertrat sie diese Meinung 1907! Sieben Jahre vor dem 1. Weltkrieg, 12 Jahre vor Art. 119 WRV und 23 Jahre vor der Arbeit von Kienzle.

5) Rebstein-Metzger, aaO S. 547 f

einer Denkschrift sogar vorgeschlagen, eine ausdrückliche diesbezügliche Regelung zu treffen. [1)]

3. Zusammenfassung

In der Literatur und Rechtsprechung der Weimarer Republik sind zwei bedeutende Auffassungen vom Wesen der Ehe zu unterscheiden.

Die herrschende Meinung vertritt ein Ehebild, das seit dem Kaiserreich, ja sogar seit den Jahrzehnten der Vorarbeiten zum BGB unverändert geblieben ist. Im Laufe der Jahre und unter der Einwirkung von Krieg und Kriegsfolgen hatte sich mit der Veränderung des allgemeinen Lebens auch eine Wandlung des Ehebildes vollzogen. Durch eine konstante Eheauffassung und eine verschärfte Handhabung der Eherechtsnormen, versuchte die Rechtsprechung so zu tun, als ob sich keine gesellschaftliche Veränderung vollzogen habe. Man weigerte sich zu akzeptieren, daß das Leben einer ständigen Veränderung unterliegt und gesellschaftliche Normen sich anzupassen haben.

Unverändert erhalten geblieben war auch die doppelbödige Moralauffassung. Im Gegenteil: Die Ansichten der Rechtsprechung in dieser Beziehung sind noch viel strenger geworden, so als wollte sie einen Gegenpol zu der Lockerung der gesellschaftlichen Sitten aufstellen.

Obwohl im BGB im Gegensatz zum ALR nicht verankert war, daß der Sinn und Zweck der Ehe die Erzeugung von Kindern sei, war dies auch weiterhin die unausgesprochene Ansicht über den Sinn der Ehe. Nur das Reichsgericht hat in zwei vereinzelt gebliebenen Entscheidungen seine Ansicht nicht verborgen gelassen.

---

1) Zitiert nach Rebstein-Metzger, aaO

Gegen diese Ansicht wandte sich eine Reformliteratur, die vornehmlich von jüngeren Juristen vertreten wurde. Unter dem Eindruck der Weimarer Reichsverfassung und ihren Grundrechten, empfanden diese Autoren viel stärker den gesellschaftlichen Wandel und die veränderte Rolle der Frau. Sie erkannten, daß das althergebrachte Ehebild der Verfasser des BGB und der herrschenden Literatur- und Rechtsprechungsmeinung nicht mehr mit dem tatsächlichen Leben übereinstimmte. Auch hielten sie die Verfassung für eine Aufforderung, das Gesetz entsprechend umzugestalten. Das deutsche Eherecht, das einen Kompromiß des Mundialprinzips mit dem Gleichberechtigungsprinzip darstellt, [1] sollte unter Beachtung der verfassungsmäßigen Rechte den Gleichheitsgrundsatz von Mann und Frau verwirklichen. Die Frau sollte ein eigenes Recht auf Arbeit und Beruf haben, ohne daß diese Rechte durch den Mann einschränkbar sind. Weder sollte die Hausfrauenehe unumschränktes Ideal sein, noch der Ehemann das "Haupt" der Familie. Es ist der Beginn einer Wandlung eines jahrhundertealten Ehebildes.

Festgestellt werden muß aber auch, daß die Reformisten des überkommenen Ehebildes noch z. T. stark beeinflußt sind von dem althergebrachten Eheverständnis. Öfter ist bei einigen Autoren eine konsequente Haltung zu vermissen, neue Auffassungen vermischen sich mit früherem Gedankengut.

Auffällig ist übrigens, daß in der kritischen Literatur der Begriff "Wesen der Ehe" kaum noch verwandt wurde. Es scheint so, als ob dieser nebulöse Begriff vermieden werden soll. Angeregt von dem Wunsch ein neues, realitätsnahes und praxisgerechtes Ehegesetz zu schaffen, sollte ein so ungreifbarer unbestimmter Begriff vermieden werden.

---

1) Oekinghaus, Stellung S. 133 f

Abschließend läßt sich hierzu feststellen, daß das Nebeneinander der beiden Ansichten über das Wesen der Ehe eine typische Erscheinung für die gesamte Situation der Weimarer Republik darstellt. Sie zeigen die sich gegenüberstehenden Kräfte des Alten und Neuen, unter deren Aufeinanderprallen die Republik nur ihr bekanntes Ende nehmen konnte. So ist auch während dieser Zeit kein neues Eherecht entstanden.

III. Das Wesen der Ehe dargestellt an den Reformarbeiten zum Familienrecht

1. Allgemeine Entwicklung, Ziele, Gruppierungen

Dargestellt wurden bereits zwei divergierende Auffassungen zum Wesen der Ehe: Einerseits ein seit dem Kaiserreich und den Jahrzehnten der Vorarbeiten zum BGB unverändertes Ehebild vergangener Zeiten, das von der führenden rechtswissenschaftlichen Literatur und Rechtsprechung vertreten wird; andererseits das neue Eheverständnis jüngerer Juristengenerationen, stark beeinflußt von den Grundrechten der Weimarer Reichsverfassung.

Zur vollständigen Darstellung der Eheauffassung in der Weimarer Republik ist es aber notwendig, auch noch eine dritte Entwicklung der Eherechtsdiskussion aufzuzeigen.

Von 1921 bis ungefähr 1930 war die politische Szene der Republik gleichzeitig Schauplatz einer langen und heftigen Diskussion des Eherechts. Reichstag, Regierung und Ausschüsse waren immer wieder mit Reformfragen des Eherechts beschäftigt, wobei sich die Diskussion fast ausschließlich auf das Scheidungsrecht beschränkte.

Auf die äußerst komplexe, schwierige und vorallem umfangreiche Materie des Scheidungsrechts soll hier nicht eingegangen

werden, dies ist weder Aufgabe dieser Arbeit noch aus Platzgründen möglich. Es soll aber dennoch auf die Ansichten der politischen Parteien, der Regierungen und der Ausschüsse eingegangen werden, soweit es notwendig ist, um Aufschlüsse über die Vorstellung des Wesens der Ehe zu bekommen.

Das Scheidungsrecht, das in den Vorarbeiten zum BGB umstritten war, [1] blieb die ersten zwanzig Jahre - wie das gesamte Eherecht - unverändert. Obgleich ständig unter Kritik, setzten die Reformarbeiten erst am Beginn der zwanziger Jahre ein. Auslösendes Moment war hierzu der 1. Weltkrieg, [2] dies wohl in zweifacher Hinsicht: Der Krieg brachte eine starke Veränderung des sozialen Gefüges, was eine wesentlich kritischere Haltung der Menschen ihrer Umwelt gegenüber zur Folge hatte; weiterhin verursachten die Nachkriegsfolgen und das enorme Ansteigen der Scheidungsziffern eine starke Motivation, sich dem schon längst unbefriedigenden Scheidungsrecht zuzuwenden. Schließlich bewirkten auch die progressiven Ehegesetzgebungen der Schweiz (1907), Schweden (1915), Norwegen (1918), Tschechoslowakei (1919) und Lettland (1921), die alle auch die unverschuldete Ehezerrüttung als Scheidungsgrund vorsahen, den Wunsch nach Veränderun-

---

1) Mugdan, Materialien S. 301 ff; 899 ff; dazu auch Schmidt, DJZ 1922, 14 ff (216); Bulling, Deutsche Frau S. 139 ff; O. Mayer, Jacobi, Verh. d. 20. DJT, Bd. IV S. 377 ff u. 383 ff; Frentzel, Diss., S. 56 u. Anm. 3 mwN

2) May, Reform S. 6; Peuckmann, Diss., S. 26; Frischmann, Diss., S. 17 f; Klink, Ehescheidungsrecht S. 56 f. Zweifelhaft erscheint es, ob Frischmann und Klink das Richtige damit treffen, wenn sie die lange Zeit vom Inkrafttreten des BGB bis zum Beginn der Reformarbeiten darauf zurückführen, daß man erst Erfahrungen habe sammeln wollen. Es erscheint eher dafür bestimmend, daß das gesellschaftliche Gefüge zu sehr in sich verharrte und dem Recht loyal - unkritisch gegenüberstand, als daß man sich sofort reformerisch an Verbesserungen machte. Anders May, aaO S. 5: "Die Reform der Ehescheidung duldet keinen Aufschub mehr. Das geltende Recht hat versagt."

gen. [1] Die schlechten Erfahrungen der Kriegs- und Nachkriegszeit weckten dann endgültig in Deutschland das Interesse breiter Volkskreise an dieser Problematik. [2]

Kernproblem der Reformdiskussion war die Abschaffung oder zumindest Milderung des das Scheidungsrecht uneingeschränkt bestimmenden Verschuldensprinzips. [3] Danach war, sofern einer der absoluten Scheidungsgründe nicht gegeben war, eine Scheidung gem. § 1568 nur möglich, wenn ein Ehegatte durch schuldhaftes Verhalten die Zerrüttung der Ehe herbeigeführt hatte, so daß dem anderen die Fortsetzung der Ehe nicht mehr zuzumuten war. Einzige Ausnahme war die Scheidung wegen Geisteskrankheit der Ehegatten, § 1569. Durch die Ersetzung der schuldhaften Zerrüttung durch eine bloße objektive Zerrüttung, sollte nunmehr eine Erleichterung der Scheidung erreicht werden.

Noch die Verfasser des Scheidungsrechts hatten die Absicht gehabt, eine Erschwerung der Scheidung zu erreichen:

"Der Staat hat ein dringendes Interesse daran, darauf hinzuwirken, daß die Ehe als die Grundlage der Gesittung und der Bildung so sei, wie sie sein soll, und deshalb das Bewußtsein des sittlichen Ernstes der Ehe und die Auffassung derselben als einer vom Willen der Gatten unabhängigen sittlichen Ordnung im Volke zu fördern. Dies geschieht durch Erschwerung der Scheidung." 4) 5)

---

1) Detaillierte Aufzählung der ausl. Gesetze bei Frentzel, aaO Anm. 6 u. 7, S. 57 Anm. 1 u. 2; Schmidt, aaO S. 214 Anm. 1 mit weiteren Literaturhinweisen zur Gesetzgebung dieser Länder.

2) Kahl, Ehescheidung S. 2; Wolf-Lüke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht S. 73 f

3) Zur Auffassung der Verfasser des BGB zum Verschuldensprinzip, Mugdan, Materialien S. 301 ff

4) Mugdan, aaO S. 302

5) Zur Frage, inwieweit die Ehescheidung staatlich zuzulassen sei, heißt es in den Materialien, Mugdan, S. 899: Man könne von zwei verschiedenen Auffassungen des Wesens der Ehe ausgehen: Nach der subjektiven Auffassung, beruhe die Ehe nur auf der gegenseitigen Liebe der Ehegatten. Folge: Völlig

Durchgesetzt wurde dieses Ziel durch eine Verringerung der Scheidungsgründe und ein völliges Abstellen auf das Verschuldensprinzip. [1]

Nunmehr gingen die Bestrebungen dahin, das Scheidungsrecht "freier" zu gestalten. [2] Durch Einführung des Zerrüttungsprinzips sollte es möglich werden, Ehen zu scheiden, wenn objektiv eine Zerrüttung vorlag, ohne daß eine Schuldfrage zu stellen ist. Besonders durch den Krieg hervorgerufen, gab es Ehen, die z. B. durch die lange Trennung eine tatsächliche Zerrüttung aufwiesen, jedoch mangels irgendeines Verschuldens nicht zu scheiden waren. [3] In solchen Fällen hatte eine dritte, von den Ehegatten unabhängige, Kraft eine Ehe scheitern lassen, ohne daß die Gesellschaft dazu bereit war, aus diesen Entwicklungen die notwendigen rechtspolitischen Konsequenzen zu ziehen. So war § 1568, der als relativer Scheidungsgrund das Verschuldensprinzip postulierte, Kernproblem der Reformarbeiten.

Vorangetrieben wurden die Reformarbeiten vorwiegend von liberalen und sozialdemokratischen Gruppierungen, während sich die konservative Seite dagegen wehrte. Schließlich, nachdem es

---

freie Entscheidung über die Auflösung der Ehe. Nach der anderen Auffassung sei die Ehe eine über den individuellen Verhältnissen der Ehegatten stehende sittliche Ordnung. Folge: Die Ehe ist unauflöslich. Das BGB schließe sich der zweiten Meinung an, jedoch ohne die letzte Konsequenz, da es die Scheidung zulasse, schließlich gebe es Fälle, in denen der Staat mit "Rücksicht auf die Bedürfnisse des Lebens" und auf die realen Verhältnisse die Auflösung gestatten muß, Mugdan, aaO S. 301

1) Diese Gesetzgebung stieß auf viel Widerspruch, sogar Gierke äußerte Bedenken, Entwurf S. 449; Schmidt, aaO S. 216

2) Geschichtliche Entwicklung des materiellen Scheidungsrechts in Deutschland, in BT-Drucksache 7/650 S. 65

3) Zahlreiche Möglichkeiten unverschuldet zerrütteter Ehe führt Klink, aaO S. 60 f auf.

immer wieder nach einem Erfolg der Reformvorhaben ausgesehen hatte, setzten sich die Konservativen durch. Die Geschichte der Reformarbeiten in der Weimarer Republik ist die Geschichte einer mißlungenen Reform. [1)]

Die Reformvorhaben und ihre Entwicklung sind von großem Interesse für die Geschichte der Eheauffassung in der Republik, weil sie beispielhaft die Schwierigkeiten der politischen Szene aufzeigen und außerdem das Verhältnis der beiden großen Kräftebewegungen der Republik veranschaulichen: Einerseits die fortschrittlichen, reformfreudigen und wiederaufbauenden Kräfte, andererseits die beharrenden, festgefahrenen und den Idealen vergangener Zeit nachtrauernden konservativen Schichten, die sich am Ende als die stärkeren erwiesen.

Wichtig für die Reformgeschichte der Weimarer Republik ist auch, daß zum ersten Mal eine bedeutende Rolle außerhalb des Parlaments von der Verbands- und Interessenpolitik eingenommen wird. Durch diese breitgefächerte Öffentlichkeitsarbeit wurde ein weiter Informationsfluß an Bevölkerungsschichten erreicht, die bislang mit Fragen der Reform und Gesetzgebung nichts zu tun hatten. [2)]

So bildeten sich z. B. in Köln der Verband "Eherechtsreform" und in Dresden der "Deutsche Rechtsbund". [3)] Beide Verbände betonten, daß sie keinesfalls einem hemmungslosen Freiheitswunsch nachkommen wollten, daß auch sie die Ehe als einen Pfeiler der Gesellschaft und des Staates verstehen. Aber dort, wo eine Gemeinschaft nicht mehr bestehe, solle man dem Wunsche

---

1) Kühn, Diss., S. 50 f
2) Kühn, aaO S. 51 Rdn. 2; Klink, aaO S. 57; zur Literatur: Frentzel, Diss., S. 57 Anm. 3 und Schmidt, aaO S. 215 Anm. 1
3) Näher: Hachenburg, JW 1922, 5; Schmidt, aaO Anm. 2

der Beteiligten nachkommen und die Ehe auflösen. Hier könne der Staat kein Interesse mehr an der Erhaltung haben. [1]

Auch die Gegner einer Eherechtsreform setzten ihre Stimmen ein. Entschieden wandten sich gegen eine Liberalisierung des Scheidungsrechts die Fuldaer Bischofskonferenz und der Deutsche Evangelische Kirchenausschuß. [2]

Erstmals fanden auf diese Weise die Arbeit und Diskussionen am Eherecht eine breite Teilnahme in der Bevölkerung.

2. Die Eheauffassung der politischen Parteien

a) Zentrumspartei [3]

1922 erklärte der Abgeordnete Bell die grundsätzliche Auffassung der Partei:

---

1) Beide Verbände reichten 1920 21 Eingaben an den Reichstag ein

2) BT-Drucksache 7 650 S. 66; Klink, aaO; Kahl, aaO; Auszugsweise wiedergegeben sind die Äußerungen der Bischofskonferenz in Sten. Ber., Bd. 384, S. 1007 f

3) Die Zentrumspartei spielte in der Reichstagsgeschichte der Republik immer eine bedeutende Rolle. Sie gehörte zu den stärksten Parteien und bildete mit SPD und DDP die Weimarer Koalition; auch in den weiteren Regierungen hatte die Z. ständig ihren Sitz. Zur Bedeutung des Zentrums schreibt der Historiker Helmut Heiber, Die Republik von Weimar S. 33 f: "Das Zentrum, die Partei des politischen Katholizismus, paßte in das Schema der übrigen Parteien nicht so recht hinein, nicht als soziologisch-politische, sondern als in erster Linie konfessionelle, ursprünglich in der Kulturpolitik zentrierte Gruppierung gewissermaßen quer zu der sonstigen Parteienformation. Liberal zwar konnte es sich als Konfessionspartei nicht gut geben, hingegen vermochte es mittels einfacher interner Gewichtsverlagerung sowohl monarchistisch wie auch republikanisch, sowohl konservativ wie auch demokratisch, ja notfalls sogar sozialistisch zu sein. So war denn dem Zentrum am leichtesten von allen bürgerlichen Par-

"Wir halten von unserem religiösen und sittlichen Standpunkt aus unerschütterlich fest an der Überzeugung, daß die Ehe unauflöslich ist, und wir werden deswegen allen Vorlagen und allen Anträgen, die auf eine Erweiterung der Ehescheidungsgründe hinauszielen, entschiedenen Widerstand entgegensetzen." 1)

Dabei kritisierte er den § 1568 und dessen "bedenklich weite Auslegung". Ein Jahr später führte er aus, daß die "sittliche Wiedergeburt" zur Wiederaufrichtung des Vaterlandes notwendig sei, dies sei aber mit einer Erweiterung des Ehescheidungsrechts unvereinbar. 2) Für seinen Parteikollen Schulte sprachen religiöse, sittliche und staatspolitische Gründe gegen eine Erleichterung der Ehescheidung. 3) Bockius hält 1927 die hohen Scheidungsziffern nur für eine Übergangsangelegenheit, zumal die Ehe schließlich auch "Opfer" abverlange:

"Wir lehnen auch die Erleichterung der Ehescheidung aus unserer Einstellung zur Moral ab, aus unserer sogenannten natürlichen Ethik, die eine christliche Ethik ist ... Diese natürliche Ethik stellt sich in Gegensatz zu einer sogenannten Individualismusethik, ... die in erster Linie auf die Interessen der Eheleute abzielt und vielleicht erst in zweiter Linie daran denkt, daß die Ehe nicht bloß ein Vertrag ist, ... sondern ein Rechtsverhältnis ist mit allen Wirkungen offizieller, familiärer, kultureller und besonders staatspolitischer Bedeutung ... und deshalb verlangen wir, daß das Interesse des einzelnen, daß heißt der Ehegatten usw., da es der Staat, die Gesellschaft und die Religion verlangt, hinter den Interessen der Allgemeinheit zurücktritt." 4)

---

teien der Schritt in die republikanisch-demokratische Zukunft gelungen. Mit dem katholischen Klerus als zuverlässigem Wahlhelfer und ohne Aspiration auf die übrige christliche Bevölkerung ... ist das Zentrum die beständigste Partei auch der Ersten Republik geblieben. Infolge seiner Mittelstellung hat es keine Regierung ohne das Zentrum gegeben, weil nie eine Mehrheitsbildung rechts oder links von ihm möglich gewesen ist."

1) Sten. Ber. Bd. 353 S. 6057
2) Sten. Ber. Bd. 358 S. 9633
3) Sten. Ber. Bd. 384 S. 1007
4) Sten. Ber. Bd. 392 S. 9186

1929 erklärt Bockius erneut, daß sich der prinzipielle Standort seiner Partei nicht verändert habe, man sei auch weiterhin strikt gegen eine Erweiterung der Ehescheidung. [1)]

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß sich das Ehebild dieser Partei seit der Zeit vor dem BGB nicht verändert hat. Spurlos sind die Jahrzehnte und der Krieg mit seinen Entwicklungen an ihr vorübergegangen. [2)] Zwar wird eingestanden, daß die Ehe in einer Krise ist, dies sei aber nur auf sittliche Mängel im Menschen und auf den Krieg mit seinen Folgen zurückzuführen. Nicht eingegangen wird auf die neue gesellschaftliche Rolle der Frau. Eine dogmatische Berufung auf christlich-moralische Grundsätze alleine ist aber nicht dazu in der Lage, einer radikalen sozialen Umstrukturierung mit einer Veränderung vieler Werte Rechnung zu tragen. Für die Zentrumspartei ist das Gesetz ein Regulativ, um die Scheidungszahlen niedrig zu halten. Zwischen den Äußerungen des Zentrums und den tatsächlichen Gegebenheiten bestand eine so tiefe Diskrepanz, daß ein Kompromiß mit den anderen Parteien unmöglich war.

b) Sozialdemokratische Partei

Die sozialdemokratische Partei war die größte Partei im Reichstag, die sich für eine Reform des Scheidungsrechts einsetzte.

1922 erklärte der Abgeordnete Hoffmann:

"Denn wie nichts heiliger ist als eine harmonische Ehe, so ist nichts unheiliger als eine zerrüttete Ehe. Eine zerrüttete Ehe hört auf, eine sittliche Gemeinschaft und eine Erziehungsstätte für die Kinder zu sein. Wo also an die Stelle der Zuneigung und der geistigen Harmonie erst die Gleichgültigkeit, dann die Abneigung und schließlich der Haß getreten ist, da muß die Ehe ge-

1) Sten. Ber. Bd. 425 S. 2403
2) Kühn, Diss., S. 54

schieden werden können, und zwar im Namen der Kinder, der Menschlichkeit, der Moral und des Christentums." 1)

Drei Jahre später führte die Abgeordnete Agnes aus: 2)

"... daß die Fortführung einer Ehe, die innerlich unbegründet ist, in der die Ehegatten auch gar nichts mehr miteinander gemein haben, die größte Unsittlichkeit in sich birgt, die man sich überhaupt nur denken kann ... Es kann auch nicht angehen, religiöse Satzungen, ... die für den einzelnen in seinem religiösen Empfinden wohl ihre Berechtigung finden mögen ... zu Dogmen für die Gesamtheit der Bevölkerung machen zu wollen."

Sie beruft sich auf die Veränderungen der sozialen Verhältnisse und erklärt:

"Wir haben eine andere Auffassung von Sittlichkeit und Moral. Die eheliche Gemeinschaft zweier Menschen steht uns sittlich und moralisch viel zu hoch, als daß wir sie auf etwas anderem als der Achtung vor und der innigsten Zuneigung zueinander aufgebaut wissen wollen."

Ihre Kollegin Pfülf lehnt ebenfalls eine Ideologie als Hintergrund eines Scheidungsrechts ab: 3)

"Ich wünsche nicht die Frage der Weltanschauung hier zu diskutieren. Es ist jedem Menschen das Recht eigen, seine Weltanschauung zu haben; aber was wir hier machen, das ist ein staatliches Ehescheidungsrecht."

Unmißverständlich lehnt die SPD die Grundhaltung der Zentrumspartei ab und verwirft den konfessionellen Alleinanspruch als bedeutsam für das gesamte Eherecht. 4) Sie will eine Erleichterung für die zahlreichen gescheiterten Ehen durchsetzen und nicht an überkommenen rechtlichen Vorstellungen haften, die durch den Wandel der Umstände fragwürdig geworden sind. Stellt die Haltung der Zentrumspartei eine konfessionell-dogmatische dar, so ist die der SPD eine pragmatisch-praktische.

---

1) Sten. Ber. Bd. 353 S. 6024
2) Sten. Ber. Bd. 385 S. 1138
3) Sten. Ber. Bd. 423 S. 565
4) Bereits in den Vorarbeiten zum BGB wurde der Antrag auf Ausrichtung des Eherechts am kanonischen Ehebild abgelehnt.

c) Kommunistische Partei

Das Ehebild der KP beruht auf der kommunistischen Ideologie. Wesentlich schärfer als alle anderen Parteien erkennen sie die geschichtliche Umwälzung nach dem Krieg. Daraus versuchen sie verständlicherweise ideologisches Kapital zu schlagen. 1925 erklärt die Abgeordnete Arendsee: [1]

"Der Kapitalismus zerstört die Familie ... Sie wissen ganz genau, daß dieses System die Familie zerstört, und Sie wollen, um den äußeren Schein zu wahren, durch Zwangsgesetze, durch Ehegesetze äußerlich zusammenhalten, was innerlich zerstört ist. Sie lehnen ab, auch in den Fällen ab, die Ehescheidung zu erleichtern, wo die Ehe als vollkommen zerrüttet zu betrachten ist ... Diese Zahlen sprechen doch dafür, daß Ihre Zwangsgesetze keinen Einfluß auf das wirkliche Leben haben, sondern daß die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend sind, daß die wirtschaftlichen Ursachen und die persönlichen Beziehungen der Menschen zueinander das ausschlaggebende sind."

Unter Berufung auf die Masse des Volkes, den unseligen Kapitalismus, die Ausbeutung der Bevölkerung und allen übrigen genügend bekannten Stichworten zog die KP den Schluß, daß ein Zerrüttungsprinzip ohne Schuldfeststellung einzuführen sei.

d) Deutsche Demokratische Partei

Wortführer dieser Partei in den Reformfragen des Eherechts ist die Abgeordnete Lüders, die sich für eine gesamte Revision des Eherechts und Familienrechts einsetzt; dabei beruft sie sich auf Art. 119 WRV. Sie stellt nicht nur das Zerrüttungsprinzip zur Diskussion, sondern auch die Ehescheidung aufgrund gegensei-

1) Sten. Ber., Bd. 385, S. 1139

tiger Übereinstimmung und auch auf einseitigen Antrag. [1] 1928 erklärt sie der Zentrumsabgeordneten Weber: [2]

"Ich möchte aber doch der Kollegin Weber sagen, daß es für uns genau wie für sie eine Frage tiefster sittlicher Weltanschauung ist, um die wir hier ringen, und daß es uns fernliegt, ethische Gesichtspunkte aus unserer Betrachtung der Dinge fernzuhalten. Wir glauben aber die sittliche Verpflichtung zu haben, den erschütternden Tatsachen des Lebens auch durch das Recht Rechnung zu tragen."

Die DDP vertritt ein Ehebild, das geprägt ist von den Wertentscheidungen der Verfassung und von dem Anspruch der Ehepartner auf individuelle und persönliche Entscheidungen; sie wollen den Realitäten Rechnung tragen, ohne die Institution der Ehe zerstören zu müssen. Im Gegensatz zur Zentrumspartei wollen sie aber die individuellen Belange der Ehegatten nicht hinter denen der Allgemeinheit zurücktreten lassen.

---

1) Sten. Ber., Bd. 347, S. 2135. Bereits 1896 hatte sich Bulling, Deutsche Frau S. 140 f sehr für die Scheidung auf beiderseitiger Einwilligung eingesetzt. Stümpke, Diss., S. 39 (1933) lehnte sie entschieden ab: "Schon mit dem staatlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe läßt sich die Scheidung aufgrund gegenseitiger Einwilligung nicht vereinbaren", S. 42. Interesse an der Aufrechterhaltung welcher Ehen? Auch Kahl äußerte sich 1927 gegen diese Ehescheidung: "Ich halte die Zulassung des Scheidungsgrundes auf beiderseitigen Antrag deshalb für unmöglich, weil er nach meiner Meinung die Willkür zum Grundgesetz der Ehe erhebt, weil er den Leichtsinn bei der Schließung der Ehen begünstigt und den Mißbräuchen der Ehelösung Tür und Tor öffnet.", DJZ 1927, 558; 1922 wehrte sich schon Henle gegen diese Scheidungsart, man würde damit einen der wenigen stehengebliebenen Pfeiler des Volkswohls auch noch einstürzen, es handle sich um zersetzenden Subjektivismus, JW 1922, 1501; dagegen nimmt Frischmann, Diss., S. 22 f (1928) eine zweifelnde Haltung zu dieser Frage ein.

2) Sten. Ber., Bd. 423, S. 588

e) Deutsche Volkspartei

Die Volkspartei vertrat eine ähnliche Einstellung wie die DDP. Markanteste Persönlichkeit in ihren Reihen war in den damaligen Jahren der Abgeordnete Professor Kahl. 1927 hielt er im Reichstag eine grundlegende Rede, in der er sich entschieden für eine Neugestaltung des Eherechts einsetzte. [1] Auch er hielt die Argumente der Zentrumspartei, an denen diese seit 1920 festhielt, nicht für schlüssig: [2]

"Vor meinem geistigen Auge steht auf Grund zahlloser, tausender Beweise eine tiefe Not des Volkes, nicht eine vorübergehende, wie Herr Dr. Bockius gemeint hat, die bloß in wirtschaftlichen Verhältnissen begründet wäre, Gott bewahre, eine viel tiefer liegende! Ich sehe eine tiefe Kluft zwischen Recht und Leben, und die Gewissensfrage taucht auf: Darf es geschehen, daß eine derartige Kluft offen bleibt, ist es nicht unsere Pflicht sie zu schließen?"

Kahl war allerdings nicht für eine radikale Abschaffung des Verschuldensprinzips, sondern wollte eine Ergänzung durch einen § 1568 II, in dem auch die objektive Zerrüttung als Scheidungsgrund vorgesehen sein sollte. [3]

3. Parteiinitiativen im Reichstag

Die Reformdiskussion begann 1921 mit zwei Anfragen im Reichstag. Auf die kleine Anfrage der SPD [4] antwortete Reichsjustizminister Schiffer, daß im Ministerium geprüft werde, ob § 1568 zu ändern sei. Die kleine Anfrage der DDP [5] ob und wann die Regierung einen Änderungsentwurf zum Scheidungsrecht vorlegen

1) Sten. Ber., Bd. 392, S. 9194
2) Sten. Ber., aaO
3) Kahl, Ehescheidung S. 11
4) RT-Drucksache 2710
5) RT-Drucksache 2938

werde, beantwortete der damalige Reichsjustizminister Radbruch dahingehend, es werde ein Gesetzentwurf vorbereitet, man habe durchaus die Schwächen und Härten des reinen Verschuldensprinzips erkannt. [1] Anfang 1922 wiederholte er, daß er durchaus bereit zur Änderung des Scheidungsrechts sei; dabei fand er die Zustimmung sämtlicher Parteien mit Ausnahme des Zentrums. [2]

Es ist also ersichtlich, daß am Beginn der Reformarbeiten auf allen Seiten - Parteien und Regierung - eine Bereitschaft zur Veränderung gegeben war, wenn man von der Zentrumspartei absieht. Zu einem offiziellen Regierungsentwurf kam es trotz der Arbeiten im Reichsjustizministerium nicht. Zwar legte man das Ergebnis der Arbeit den Landesregierung vor - "Vorläufige unverbindliche Grundlinien eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Ehescheidung" - diese wurden aber der Öffentlichkeit nicht bekannt. [3] Es wurde darin vorgeschlagen, zerrüttete Ehen zu scheiden, wenn dem Kläger die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann. Weitere Arbeit konnte die Regierung hierzu nicht leisten, da das Zentrum jede Erweiterung des Ehescheidungsrechts strikt ablehnte und blockierte. [4]

Somit blieb nur der Weg über die Initiativanträge übrig, die sich alle fast ausschließlich auf § 1568 bezogen. Im Sommer 1922 wurden die ersten drei Anträge eingebracht:

---

1) RT-Drucksache 3067
2) Klink, Ehescheidungsrecht S. 58; Kahl, Ehescheidung S. 3
3) BT-Drucksache 7/650 S. 66; Klink, aaO; Kahl, aaO
4) BT-Drucksache, aaO; Klink, aaO; Kahl, aaO

USPD [1]

Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn eine so tiefe Zerrüttung der ehelichen Verhältnisse oder solche Abneigung des einen Ehegatten gegen den anderen besteht, daß keine Aussicht auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens besteht.
Diese Voraussetzungen liegen vor, wenn beide Ehegatten auf Scheidung antragen.

SPD [2]

Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses besteht, daß keine begründete Aussicht auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft vorhanden ist.
Diese Voraussetzung liegt ohne weiteres vor, wenn beide Ehegatten auf Scheidung antragen.

DDP [3]

Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses besteht, daß keine begründete Aussicht auf Herstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Gemeinschaft vorhanden ist.

Alle drei Anträge sind in ihrer Grundtendenz gleich und unterscheiden sich nur durch Ergänzungen, wie z. B. die Scheidung wegen gegenseitiger Abneigung. Nur der Entwurf der DDP arbeitet mit der Generalklausel des Wesens der Ehe. [4] [5]

1924 und 1925 wurde der Antrag der DDP von ihr wiederholt und ergänzt, blieb aber gedanklich gleich. [6] Die SPD folgte der DDP mit einem ergänzenden Antrag, der wesentlich mit ihr übereinstimmte. [7]

---

1) Sten. Ber., Bd. 374, Antrag Nr. 4580
2) Sten. Ber., Bd. 374, Antrag Nr. 4847
3) Sten. Ber., Bd. 374, Antrag Nr. 4669
4) Näher zu diesen Anträgen BT-Drucksache, aaO; Kahl, aaO
5) Die Anträge wurden an den Rechtsausschuß des Reichstages verwiesen, blieben aber durch eine Krise und Auflösung des Reichstages unerledigt.
6) Sten. Ber., Bd. 383, Antrag Nr. 407 u. Bd. 397, Antrag Nr. 74
7) Sten. Ber., Bd. 399, Antrag Nr. 631, es wurde der Scheidungsgrund der Abneigung hinzugefügt.

1926 beantragte die KP in einem Gesetzentwurf die uneingeschränkte Konventionalscheidung, d. h. die Scheidung auf Antrag eines oder beider Ehegatten sollte ohne weitere Voraussetzungen möglich sein. [1)]

Im Jahre 1928 legte der Ausschuß für Rechtspflege dem Reichstag einen Entwurf vor, in dem § 1568 durch § 1568a ergänzt wird. [2)]

"Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn aus einem anderen Grunde eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten ist, daß eine dem Wesen der Ehe entsprechende Fortsetzung der Lebensgemeinschaft nicht mehr erwartet werden kann und wenn infolge der Zerrüttung die Lebensgemeinschaft der Ehegatten seit mindestens einem Jahr vor Erhebung der Klage nicht mehr besteht. Das Recht eines Ehegatten auf Scheidung nach Abs. 1 ist ausgeschlossen, wenn er selbst einen Scheidungsgrund gegeben hat oder anderweit die Zerrüttung der Ehe vorwiegend durch sein schuldhaftes Verhalten herbeigeführt worden ist."

Auch der Antrag des Rechtsausschusses, der wegen einer Reichstagsauflösung erst 1929 beraten wird, war nicht erfolgreich. Reichsjustizminister Koch teilte dabei mit, er habe einen Gesetzentwurf ausarbeiten lassen.

Erneut legte kurz darauf auch die SPD einen Antrag vor, der identisch war mit demjenigen von 1925.

1929 scheitern die Reformarbeiten endgültig am Widerstand des Zentrums. Ihre Vertreter verlassen anläßlich der Beratung über die Einführung des Zerrüttungsprinzips den Ausschuß und drohen eine Regierungskrise an. [3)]

Es folgen 1930/31 noch zwei Anträge von SPD und KP, [4)] aber am 17. Mai 1930 bleibt der Abgeordneten Lüders (DDP) nur

---

1) Sten. Ber., Bd. 406, Antrag Nr. 275; in diesem Sinne auch: v. Hofmannsthal, DJZ 1927, 1158; Weber, Idee S. 69
2) Sten. Ber., Bd. 422, Antrag Nr. 4106
3) Kühn, Diss., S. 65
4) Sten. Ber., Bd. 426, Antrag Nr. 492 und Nr. 674

festzustellen, daß die Frage des Scheidungsrechts mittlerweile zu den Ladenhütern gehöre. [1]

Damit waren die Initiativen der Parteien im Reichstag erloschen und die Reform des Ehescheidungsrechts am Widerstand der Zentrumspartei gescheitert, die sich damit nicht nur gegen die Ansicht aller übrigen Parteien, sondern auch gegen die öffentliche Meinung durchsetzte. [2]

4. Regierungsinitiativen

Das Verhalten der Regierung zur Frage des Ehescheidungsrechts war entscheidend von den sich ständig verändernden Kräfteverteilungen abhängig. So reichen die Äußerungen der Regierung vom Inaussichtstellen einer Regierungsvorlage bis zur völligen Ablehnung irgendwelcher Reformen. 1921 und 1922 äußerten sich zwar die Reichsjustizminister Schiffer und Radbruch sehr reformfreudig, 1923 jedoch enthielt sich Reichsjustizminister Heinze einer Stellungnahme, um das Empfinden derjenigen Volkskreise nicht zu verletzen, die aus Gewissensgründen einer Erweiterung der Ehescheidung ablehnend gegenüberstehen. [3] Ähnlich vage äußerten sich die Reichsjustizminister Bell und Hergt [4] bis 1925 der Reichsjustizminister Frenken (Zentrum) erklärte:

"Ich kann nicht zusagen, daß ich die Hand dazu bieten werde, eine erleichterte Ehescheidung zum Gesetze zu machen." 5)
"Ich kann nur wiederholen, daß ich einer Änderung des Gesetzes mit dem Ziel auf Erleichterung der Ehescheidung niemals zustimmen werde. Der Standpunkt ist für mich fest, und zwar seit vie-

---

1) Sten. Ber., Bd. 427, 166. Sitzung v. 17.5.1930
2) Wolf-Lüke-Hax, aaO S. 75
3) Zit. nach Klink, aaO S. 59
4) Zit. nach Klink, aaO
5) Sten. Ber., Bd. 384, S. 1018

len Dezennien fest. Er wird unabänderlich bleiben, bis des Himmels Wille anders über mich verfügt." 1)

Alleine diese Äußerungen durch die Reichsjustizminister zeigen die großen Schwierigkeiten bzw. die Unmöglichkeit in der damaligen Zeit eine Reformarbeit wie die des Ehescheidungsrechts durchzubringen. Durch die totale Zersplitterung der Parteienlandschaft bestand keinerlei Konstanz in der Tätigkeit der kompetenten Träger der Reformarbeiten.

5. Außerparlamentarische Gesetzentwürfe

Es bleibt schließlich noch auf einige außerparlamentarische Gesetzentwürfe hinzuweisen, die unmittelbar aus der Reformdiskussion hervorgegangen sind.

1923 veröffentlichte Marie Munk eine Denkschrift im Auftrage des Bundes Deutscher Frauenvereine. Darin wird u. a. der folgende Gesetzentwurf zum § 1568 vorgeschlagen: 2)

"Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten ist, daß eine dem Wesen der Ehe entsprechende Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht zu erwarten ist.
Ein Ehegatte kann insbesondere dann die Scheidung verlangen, wenn der andere Ehegatte durch schwere Verletzungen der durch die Ehe begründeten Pflichten oder durch grobe und böswillige Vernachlässigung seiner Unterhaltspflicht gegenüber dem anderen Ehegatten oder den minderjährigen Kindern, oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten oder durch grobe Mißhandlung das eheliche Verhältnis zerrüttet hat."

Es sei auch noch der Gesetzentwurf von Kahl erwähnt, der umgekehrt zum Vorschlag von Munk grundsätzlich nur die Scheidung wegen Verschuldens zuließ; nur ausnahmsweise sei eine Schei-

---

1) Sten. Ber., Bd. 385, S. 1138 f
2) Zit. nach Klink, aaO S. 85

dung wegen Zerrüttung gestattet. Auch sein Entwurf enthält den Begriff Wesen der Ehe. [1]

6. Zusammenfassung

Die ausführliche Darstellung der Reformdiskussion in der Weimarer Republik läßt einige interessante Feststellungen zu.

Sowohl die Heftigkeit als auch die Länge der fast zehnjährigen Reformdiskussion zeigen die Brisanz und Überfälligkeit der Reform des Ehe- und Familienrechts. Kernpunkt der Meinungsverschiedenheiten war die Regelung des § 1568 mit der Diskussion um die Ersetzung des Verschuldensprinzips durch das Zerrüttungsprinzip.

Wohl alle politischen Parteien (wenn von den nicht genannten Kleinstgruppierungen abgesehen wird, die für das Parteienchaos der Weimarer Zeit so bestimmend waren) setzen sich mit Ausnahme der katholischen Zentrumspartei für eine Änderung des geltenden Rechts ein. Differenzen bestanden zwar in einzelnen Sachfragen, der allgemeine Tenor ging jedoch dahin, die Scheidung zu erleichtern, womit eine eindeutige Gegenposition zu der Ansicht der Verfasser des BGB bezogen wurde!

Kennzeichnend für die Parteien war, daß sie die Änderungen des sozialen und gesellschaftlichen Lebens erkannten, sie akzeptierten und daraus die Konsequenzen ziehen wollten. Nur die Zentrumspartei wollte den Realitäten gegenüber keine Eingeständnisse machen.

Für die Mehrheit der politischen Stimmen war entscheidend, daß nicht mehr ausschließlich das staatliche Interesse an der Ehe als Grundlage des Familien- und Staatslebens ausschlaggebend

---

1) Kahl, Ehescheidung S. 11

sein konnte, sondern daß der subjektiven Seite des Ehelebens mehr Gewicht beigemessen werden mußte. Dieser Auffassungswandel ist eindeutig zu vermerken, darf nicht überbewertet werden und läßt sich als der Beginn eines Umschwunges bezeichnen.

Schließlich zeigen die Ausführungen noch das charakteristische Bild der inneren Zerrissenheit der Weimarer Republik, ihre Unfähigkeit mit gegebenen Sachlagen fertig zu werden und ein sich stetig änderndes Meinungsbild in der politischen Führung. Innerhalb von nur 10 Jahren sprachen sich von den zahlreichen Justizministern einige für eine Erleichterung der Scheidung aus (Schiffer, Radbruch), einige lavierten sich durch ihre kurze Amtsdauer ohne konkrete Stellungnahme durch (Heinze, Hergt, Bell) und Frenken sprach sich deutlich dagegen aus. Vor diesem Hintergrund ist ersichtlich, daß eine Reform nicht möglich sein konnte.

IV. Kritische Zusammenfassung

Eine kritische Betrachtung der Entwicklung des Eheverständnisses muß im Zusammenhang mit den Ergebnissen der Untersuchung über das Kaiserreich gesehen werden. Die sich durch den tiefen Einschnitt des 1. Weltkrieges ergebende gesellschaftliche Zäsur führt unvermeidlich zu einem Vergleich mit der Vorkriegszeit; die Verhältnisse in der Weimarer Republik werden sogar erst aus der Gegenüberstellung verständlich.

War für das Kaiserreich eine stabile bürgerliche Mittelschicht in der Bevölkerung prägend und zusammenhaltend, so war diese als Folge der wirtschaftlichen Katastrophe sowohl wirtschaftlich als auch seelisch entwurzelt. Das gesamte gesellschaftlich-soziale Gefüge war zerbrochen, das Kaiserreich erloschen und eine dem Volk noch völlig fremde Republik als Ergebnis der Wirren entstanden. Die Frauen waren durch den Krieg aus ihrem her-

kömmlichen Rollenverständnis gerissen worden und hatten große Teile der Männerarbeit übernommen. Durch die hinzukommende kriegsbedingte Zerstörung zahlreicher Ehen bietet sich insgesamt das Bild einer gesellschaftlichen Unsicherheit und Unruhe.

So stellen sich die fast 15 Jahre der Weimarer Republik als eine Zeit dar, in der durch die neuen Verhältnisse sich auch das Verständnis vom Wesen der Ehe zu verändern begann, verändern mußte. War das Ergebnis der Frage nach dem Eheverständnis im Kaiserreich gewesen, daß es damals um die Erhaltung der Vorrechte des Mannes und das Verbleiben der Frau in ihrer bisherigen gesellschaftlichen Stellung ging, so ist die Situation jetzt sehr verändert.

Ausschlaggebend dafür waren verschiedene Gründe. Verfassungsrechtlich standen Ehe und Familie unter dem Schutz des Staates, hatten die Frauen das Wahlrecht erhalten, was zur Hebung ihres Selbstverständnis führen mußte. Besondere Bedeutung kommt dem Arbeitseinsatz der Frau in Industrie und Wirtschaft zu. Nach Kriegsende jedoch wurden die Frauen aus ihren Arbeitsplätzen verdrängt, um den Männern wieder Arbeit zu geben. Dennoch fanden insgesamt mehr Frauen als früher durch die zunehmende Mechanisierung der Produktionsvorgänge Arbeitsstellen. So wurde einerseits für Frauen noch immer die Hausfrauentätigkeit als "richtig" erachtet, obwohl sich andererseits ihre neue Aufgabe im gesamtwirtschaftlichen Gefüge nicht mehr ignorieren ließ.

Die Ausführungen über die Entwicklung des Wesens der Ehe in der Weimarer Republik lassen drei große Strömungen erkennen.

Zunächst ist die Auffassung der führenden Literatur und Rechtsprechung zu nennen, die eine völlige Konstanz in ihren Ansichten vertritt. Das überkommene Ehebild der Verfasser des BGB und des Kaiserreiches ist noch immer lebendig, die gesellschaftlichen Veränderungen und speziell die neue Rolle der Frau werden nicht

verarbeitet. Im Gegenteil: Wohl als Stabilisierungsmaßnahme zur "Auflösungstendenz" gedacht, glaubte man durch eine Verschärfung der Ansichten zur Scheidung (nachdem in der ersten Nachkriegszeit eine hohe Scheidungsziffer erreicht worden war) und zu Fragen der Ehemoral, das bisherige Wesensbild erhalten zu können. Eine Veränderung der Einstellung zum Wesen der Ehe ist somit nicht festzustellen.

Die zweite große Strömung ist unter der jüngeren Juristengeneration zu erkennen. Besonders bekräftigt durch die Regelung des Art. 119 WRV sprachen sich zahlreiche von ihnen gegen das bestehende Ehe- und Familienrecht aus. Sie wollten vor allem den gesellschaftlichen Umstrukturierungen und der neuen Stellung der Frau Rechnung tragen. Entsprechend konzentrieren sich ihre Bemühungen um eine Änderung der §§ 1353 ff, speziell die §§ 1354, 1355. Es ist aber andererseits auch deutlich zu erkennen, daß auch sie noch teilweise sehr vom Ehebild der führenden Rechtskreise geprägt sind und sich nur schwer vom überkommenen Aufbau der Ehe mit dem Leitbild des Mannes lösen können. Im Gegensatz zu den bestimmenden Juristenkreisen, die wie gewohnt mit der alles umfassenden Generalklausel des Wesens der Ehe arbeiten, vermeiden ihre Ausführungen auffällig häufig diesen Begriff. Die Arbeiten dieser Juristen zeichnen sich durch eine wesentlich größere Klarheit und Schärfe aus.

Schließlich kommt auch noch eine bedeutende Rolle der Auffassung der politischen Parteien zu. Die langjährigen Reformdiskussionen um das Ehe- und Familienrecht behandelten, auch unter dem Eindruck der Einführung des Zerrüttungsprinzips im Eherecht zahlreicher europäischer Staaten, vornehmlich das Scheidungsrecht. Mit Ausnahme der Zentrumspartei sprachen sich alle politischen Gruppen mehr oder minder für ein neues, leichteres Scheidungsrecht aus, das sowohl die Veränderungen in der Gesellschaft als auch die subjektive Seite der Ehe beachten sollte.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß das Eheverständnis von dem großen Widerstreit zwischen den beiden sich in der Weimarer Republik paralysierenden Kräften geprägt war. Noch konnte sich die konservative, bewahrende Richtung durchsetzen, die reformfreudigen, den gesellschaftlichen Veränderungen Rechnung tragenden Kräfte waren jedoch stark vertreten und insgesamt kann davon gesprochen werden, daß die Auffassung vom Wesen der Ehe in Bewegung geraten war. Die Grundlinien für die künftige Entwicklung waren aufgezeigt: Gleichberechtigung der Geschlechter und Anerkennung der Frau in Ehe und Gesellschaft.

Auch die Ehe kann nicht Selbstzweck sein, sondern muß dem einen größeren Ziele, der Vermehrung und Erhaltung der Art und Rasse dienen.

Adolf Hitler

Die sich des Vergangenen nicht erinnern, sind dazu verurteilt, es noch einmal zu erleben

George de Santayana

Vierter Teil

Das Eheverständnis im Nationalsozialismus 1933 - 1945

I. Vorbemerkung

Die Epoche des Nationalsozialismus nimmt unter den behandelten Zeitabschnitten im Rahmen dieser Arbeit eine Sonderstellung ein.

Das nationalsozialistische Regime ist ein zu komplexes Gebilde, das mit seiner demagogischen Ideologie - trotz der relativ kurzen Zeitdauer - solche "sozialen und sozialpsychologischen Deformationsprozesse" (Broszat) [1] nachhaltiger Natur verursachte, daß es sich einer einfachen Erklärung entzieht.

Für die Darstellung ergaben sich dabei mehrere Schwierigkeiten. Besonders erschwerend war, daß in diesen Jahren die Rechtsentwicklung und die politische Entwicklung eng miteinander verknüpft waren und nur in einer gemeinsamen Darstellung ver-

---

1) Broszat, Staat Hitlers S. 423

ständlich werden. Die Ungeheuerlichkeit der Rechtsperversionen in der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft muß vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen und rechtsanschaulichen Situation gesehen werden, erst dadurch werden sie erklärbar und verständlich. Schließlich galt es hier - in noch wesentlich stärkerem Maße als bei der gesamten Arbeit - einer unübersehbaren Literaturmenge, sowohl der damaligen als auch der heutigen Zeit, gerecht zu werden. Mit Recht weist Hattenhauer in seiner Beschreibung der rechtlichen Entwicklung im Nationalsozialismus auf das bei Juristen bisher noch nie gekannte Pathos, auf eine juristische Begeisterung hin, die sich in einer Flut von Literatur niedergeschlagen hat. [1)]

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, die psychologischen, politischen und wirtschaftlichen Voraussetzungen des Nationalsozialismus zu zeigen, auch nicht die nationalsozialistische Weltanschauung oder die Ablösung einer bürgerlichen Gesellschaftsordnung durch ein neues Gesellschaftsbild. Die Ausführungen haben sich auf die wesentlichen Merkmale der in diesen Jahren erfolgten - einmaligen - Wandlung zu beschränken, soweit als es notwendig erscheint, um der weiteren Darstellung des Wesens der Ehe den zum Verständnis benötigten Hintergrund zu geben und ihm gerecht zu werden. Dabei wird die für dieses komplexe Gebilde bruchstückhafte Kürze der Darstellung in Kauf genommen.

---

1) Hattenhauer, Hierarchie und Demokratie, Rdn. 574

II. Verfassung und Nationalsozialismus - Die deutsche Diktatur

Die nationalsozialistische Bewegung fiel in eine Zeit, in der das Deutsche Reich ein Land mit einer kurzen und schwachen demokratischen Erfahrung war, aber auch zugleich ein Land mit einer umfangreichen rechtsstaatlichen Herkunft. Gesetzmäßiges Verwaltungshandeln und die hohe Position einer unabhängigen Rechtsprechung sind seit der Zeit des ALR bekannt und im 19. Jahrhundert Gegenstand einer sich verfestigenden Institution.

Verfassungsrechtlich gesehen sind die zwölf Jahre jüngerer deutscher Geschichte wenig ergiebig. Das liegt zum einen daran, daß sich die nationalsozialistische Ideologie aus keinem bestimmten Vorläufer staatsphilosophischer Art direkt entwickelte, vor allem aber daran, daß die nationalsozialistischen Institutionen nicht auf nachfolgende Verfassungsepochen eingewirkt haben. [1)]

Die nationalsozialistische Ideologie läßt sich überhaupt nicht in die europäische Entwicklung der damaligen Zeit einordnen; sie stellt im Verhältnis zu allen anderen Richtungen ein aliud dar. [2) 3)] In seltsamer Zusammensetzung und Verzerrung findet sich in der nationalsozialistischen Ideologie das Gedankengut des 19. Jahrhunderts wieder. [4)] Für den Historiker Broszat setzt sie sich aus nationalistischen, alldeutschen, völkisch-antisemitischen, anti-

---

1) Kimminich, Verfassungsgeschichte S. 541; Menger, Verfassungsgeschichte, Rdn. 371

2) Menger, aaO, Rdn. 372; zu den geistigen Voraussetzungen Bracher, Einleitung S. 22 mwN

3) Zur Bedeutung der italienischen faschistischen Bewegung für Hitler und der Rolle des NS innerhalb der faschistischen Bewegung Europas in den zwanziger u. dreißiger Jahren: Nolte, Die faschistischen Bewegungen

4) Kimminich, aaO S. 542; Broszat, Staat Hitlers S. 33 ff

marxistischen und antiliberalen Vorstellungen zusammen. [1] Die beiden mächtigsten Kräfte des vergangenen Jahrhunderts spiegeln sich sogar im Namen wider: Nationalismus und Sozialismus. Sie müssen aber noch durch eine Reihe weiterer Elemente ergänzt werden, wie die Romantik (aus der die Blut und Boden-Ideologie entstand), die Rassenlehre mit ihrem Antisemitismus, einen simplen Fortschrittsglauben, eine eurozentrische Betrachtungsweise der gesamten Weltpolitik, eine organologische Betrachtungsweise des Verhältnisses von Volk und Staat [2] sowie die stark vorherrschenden sozialdarwinistischen Züge. [3]

Der Historiker Bracher führt die nationalsozialistische Bewegung sehr treffend auf drei Hauptwurzeln zurück: [4]

"Ideologisch lebte sie vom doppelten Protest des Nationalismus (nach außen) und Antiparlamentarismus (nach innen). Ökonomisch gesehen war sie in jener "Panik des Mittelstandes" verwurzelt, in der der Kampf gegen wirtschaftliches, soziales und prestigemäßiges Absinken leicht auf die Ebene von Chauvinismus und Imperialismus verschoben wurde. Psychologisch machte sich die "Bewegung" nicht zuletzt das Generationsproblem und die romantische Proteststimmung der Jugend zunutze."

Das Grundprinzip des nationalsozialistischen Staates legte Hitler in seinem in der Haft geschriebenen Bekenntnis "Mein Kampf" klar und schonungslos nieder: [5] [6]

"Somit ist der höchste Zweck des völkischen Staates die Sorge um die Erhaltung derjenigen rassischen Urelemente, die, als kulturspendend, die Schönheit und Würde eines höheren Men-

---

1) Broszat, aaO; dies spiegelt sich teilweise auch im Parteiprogramm von 1920 der NSDAP wider. Ausführlich dazu G. Feder, Das Programm der NSDAP und seine weltanschaulichen Grundlagen, der es im wesentlichen entworfen hat; Treue, Parteiprogramme S. 156 ff; Schulz, Maßnahmestaat S. 382 ff

2) Kimminich, aaO S. 542; Menger, aaO, Rdn. 372

3) Dazu Graml, Europa S. 275 ff

4) Bracher, Diktatur S. 157

5) Hitler, Mein Kampf, 2. Bd. S. 25

6) Zum Hintergrund dieser Anschauungen sehr informativ Kimminich, aaO S. 545 ff

schentums schaffen. Wir, als Arier, vermögen unter einem Staat uns also nur den lebendigen Organismus eines Volkstums vorzustellen, der die Erhaltung dieses Volkstums nicht nur sichert, sondern es auch durch Weiterbildung seiner geistigen und ideellen Fähigkeiten zur höchsten Freiheit führt."

Von grundlegender Bedeutung für die nationalsozialistische Ideologie war der Rassegedanke, für den die "Rassenlehre des deutschen Volkes" von Hans F. K. Guenther bedeutsam war. [1] Die "naturwissenschaftliche" Verankerung lieferte die Rassenlehre, die aufbauend auf der Entdeckung der Genetik und der Ahnung ihrer Bedeutung in pseudowissenschaftlicher Art anthropologische und ethische Maßstäbe vermischte und zur Einteilung in Hochrassen und Minderrassen führte, [2] was sich nicht nur im Antisemitismus niederschlug, sondern auch den Glauben an eine Vorrangstellung der "nordischen Rasse", der "Herrenmenschen", gegenüber anderen Völkern hervorrief. [3]

"Die Erhaltung und Förderung der unverletzt gebliebenen edelsten Bestandteile unseres Volkstums, ja der ganzen Menschheit, ist eine Mission des deutschen Volkes auf dieser Erde." 4) 5)

Auf dieser Grundlage basierte dann die spätere Rechtspraxis zu Ehen von und mit jüdischen Bürgern und zu Ehen mit unfruchtbaren Partnern. Diese Rechtspraxis war auch deshalb nötig, weil zur Schaffung eines "völkischen" oder "totalen Staates" Ehen als "Keimzelle des Staates" einen bestimmten Zweck erfüllen mußten.

---

1) Völlig absurd das Kapitel über "den Juden", S. 419 ff; weiterhin Hauser, Geschichte des Judentums; später dann z. B. Feder, Die Juden S. 3, 36 f, 76; Deeg, Judengesetze, durchgehend
2) Mitteis-Lieberich, Rechtsgeschichte S. 342
3) Ausführlich dazu Bracher, aaO S. 35 ff; zum übersteigerten Nationalismus und seiner "übernationalen" Bedeutung ausführlich Kimminich, aaO S. 544 ff
4) Hitler, Mein Kampf, 2. Bd. S. 29
5) Dieses Gedankengut führte dann auch zu den Bestrebungen erbbiologisch "rassereinen" Nachwuchs zu züchten; genannt seien hier nur zwei extreme Auswüchse dieser Ideologie: Die Erzeugung "arischer" Kinder in der Stiftung "Lebensborn" und das Euthanasieprogramm.

"Der totale Staat ist eine Formel, die dazu dienen sollte, einer noch an die liberale Begriffswelt gewöhnten politischen Welt durch Setzung des reinen Gegenteils den Ausdruck eines neuen Staates anzukündigen und zu verdeutlichen." 1)

Im totalen Staat, der denknotwendig undemokratisch sein mußte, was auch zugegeben wurde, [2] beruhte alles auf dem Führerprinzip, das die Grundlage des gesamten staatlichen Handelns wurde. [3] Man versuchte diesen Gedanken aus dem alten germanischen Gefolgschaftswesen herzuleiten, doch konnte dies alles nicht den autoritären Herrschaftsanspruch Hitlers verdecken. [4] Die tiefste Stufe rechtspositivistischen Denkens (Kimminich) wurde erreicht, als Reichsminister Frank den Führer als "obersten Repräsentanten des Rechts" bezeichnete und ihn zu den "ganz großen Gesetzgebern der Weltgeschichte" rechnete. [5] [6] Da davon ausgegangen wurde, daß der Führer als der allmächtige Gesetzgeber anzusehen ist, war es nur einsichtig, daß sich sowohl Rechtsprechung als auch Rechtswissenschaft entsprechend zu verhalten hatten, denn sonst wäre ein mit dem Prinzip des totalen Staates unverein-

---

1) Forsthoff, Der totale Staat S. 9
2) Zu den verschiedenen Auseinandersetzungen um die Definition des ns Staates, Kimminich, aaO S. 548 ff mwN
3) Kimminich, aaO S. 551 mwN
4) Rüthers, Auslegung S. 103 f; Binder, Volksstaat S. 35; Frank, Führerstaat S. 17: "Die revolutionäre Berufung des Führers ergibt sich aus dem schöpferischen Inhalt seiner Gesetze"; Kirschenmann, Gesetz S. 53 ff; Huber, Verfassungsrecht S. 194 ff
5) Frank, Führerstaat S. 17
6) Nach Lange, Gesetzesstaat S. 37 war der Führer "einmalig", nach Krüger, Führer u. Führung S. 27 sei er dem Volk von einer "höheren Stelle" geschenkt, vom "Volksgeist ... zu seinem Geschäftsführer erkoren" (Schönfeld, DRW 1939, 215), er sei so "begnadet", daß er für andere Menschen unvorstellbare Gaben besitze (Krüger, aaO S. 26) und nach Binder, aaO S. 5 sei er mit einem besonderen "politischen ingenium" bedacht. Diese Zitate sind alle von z. T. namhaften Juristen und nicht aus irgendwelchen Werbebroschüren. Sie werfen ein bezeichnendes Licht auf den Stil juristischer Äußerungen in der damaligen Zeit.

barer Gegensatz aufgetreten. So bezeichnete sich Hitler in seiner Führerrolle auch als oberster Gesetzgeber und Gerichtsherr. [1] 1942 beseitigte er den letzten Rest richterlicher Unabhängigkeit als er im Reichstag erklärte: [2]

"Ich werde von jetzt ab ... eingreifen und Richter, die ersichtlich das Gebot der Stunde nicht erkennen, ihres Amtes entheben."

Verfassungsrechtlich bedeutsam waren die beiden Notverordnungen vom Februar 1933. [3] Nach der Verordnung zum "Schutze des Deutschen Volkes", die den SA- und SS-Organisationen erhebliche Macht brachte, brach die Verordnung "zum Schutze von Volk und Staat" endgültig mit der Verfassung, indem zahlreiche Grundrechte außer Kraft gesetzt wurden. [4]

Kernpunkt der verfassungsrechtlichen Veränderung war jedoch das Ermächtigungsgesetz vom 24.3.1933, das Gesetz "Zur Behebung der Not von Volk und Staat". [5] Obwohl Ermächtigungsgesetze aus früheren Verfassungen des In- und Auslandes nicht unbekannt waren, [6] stellte dieses jedoch ein Novum dar. In den §§ 1, 2 des Gesetzes wurde der Reichsregierung praktisch eine absolute Macht eingeräumt, sogar die Verfassung zu ändern, und

---

1) Zuerst 1934 in seiner Reichstagserklärung anläßlich der Röhm-Affaire. In dieser (Attentats-)Stunde sei er "des deutschen Volkes oberster Gerichtsherr gewesen"
2) Dazu Schorn, Richter S. 13 ff; Gernhuber, Recht S. 188; Broszat, aaO S. 421; v. Brünneck, KJ 1970, 21 ff
3) Sehr ausführlich dazu Bracher, Machtergreifung S. 54 ff
4) Art. 114 - 118, 123, 124, 153 WRV
5) Ursprünglich auf 4 Jahre befristet (!), wurde es ohne Schwierigkeiten verlängert und blieb bis zum Ende der ns Herrschaft die Rechtsgrundlage für die "deutsche Diktatur" (Bracher); zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes, Bracher, Machtergreifung S. 152
6) Menger, aaO, Rdn. 374 macht hierbei darauf aufmerksam, daß sogar die Schweiz im 1. Weltkrieg Ermächtigungsgesetze kannte, dazu auch Hartung, Verfassungsgeschichte S. 343 f

der Reichstag völlig entmachtet; denn stand ihm bisher in Fällen von Ermächtigungsgesetzen und Art. 48 II WRV noch ein Einspruchsrecht zu, so war ihm nunmehr sogar dieses genommen worden. Die Regierung hatte jetzt das Recht, sämtliche verfassungsmäßigen Bestimmungen für ungültig zu erklären und damit jede rechtsstaatliche Grundlage außer Kraft zu setzen. [1) 2)]

Eine offizielle Aufhebung der Weimarer Reichsverfassung fand nicht statt und 1942 schrieb der Verfasser der "Flucht in die Generalklauseln" (1933)

"Es ist vielleicht einer der eigenartigsten und weitblickendsten Züge in der Staatslenkung Adolf Hitlers, daß er zwar der Partei und darüber hinaus dem ganzen Volke ein Programm von unerhörter Stoßkraft verliehen, dieses führende Werk aber nicht in eine formale, unter die Marke "Gesetz" gestellte Verfassungsurkunde umgegossen hat." 3)

Und E. R. Huber dazu:

"Der Kern der Verfassung ist die ungeschriebene lebendige Ordnung, in der die politische Gemeinschaft des deutschen Volkes ihre Einheit und Ganzheit findet." 4)

Man feierte allgemein, daß der deutsche Staat nunmehr praktisch ohne eine Verfassung existierte, denn die formal in Kraft gebliebene Weimarer Reichsverfassung war mit dem neuen System nicht vereinbar und wurde schlicht negiert. Durch das Ermächtigungsgesetz waren Legislative und Exekutive in einer Hand vereinigt, der Staatsstreich war sozusagen legal gelungen. Er wirkte nach Carl Schmitt als

---

1) Zu den unmittelbaren Folgen des Gesetzes in den einzelnen Ländern, Schulz, Deutschland seit dem 1. WK S. 125 ff

2) Nach dem Ermächtigungsgesetz verabschiedete der Reichstag nur noch 7 Gesetze, davon zwei Verlängerungen dieses Gesetzes. Dahingegen ergingen alleine 1933 218 Regierungsgesetze. Näher dazu Laufs, Verfassungsgeschichte S. 290

3) Hedemann, Volksgesetzbuch als Fundament S. 10

4) Huber, Verfassungsrecht S. 55

"große Pauschal-Legalisierung sowohl nach rückwärte, für die Vorgänge im Februar und März 1933, wie auch für alle zukünftigen Aktionen." 1)

Aus der Demokratie war eine Diktatur geworden, die Macht lag nicht mehr beim Volke sondern nur noch bei der nationalsozialistischen Regierung. 2) Die rücksichtslose Anwendung dieser Zusammenlegung der Gewalten bewies auf schreckliche Art und Weise, wovor Montesquieu gewarnt hatte. Die Worte von James Madison, einem der Väter der Verfassung der USA (1787) treffen hier zu:

"Die Häufung aller gesetzgebenden, ausübenden und rechtsprechenden Gewalt in den gleichen Händen, seien es die Hände eines Mannes, weniger oder vieler, sei dies erblich, angemaßt oder gewählt, mag zu Recht die eigentliche Definition der Tyrannei genannt werden." 3)

Auf der Grundlage des Ermächtigungsgesetzes erfolgte dann der Ausbau zur endgültigen Macht und der damit verbundene Abbau rechtsstaatlicher Einrichtungen. 4) Durch "Gleichschaltung" der verschiedensten Institutionen und die gleichzeitige Durchbrechung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zugunsten des Führerprinzips, war das Deutsche Reich zu einer Diktatur geworden. 5)

Der Hintergrund für die weiter darzustellende Entwicklung des Begriffs "Wesen der Ehe" sah also so aus: Im Deutschen Reich gab es de facto keine Verfassung mehr, dafür eine Quelle

---

1) Zit. nach Laufs, aaO; dort noch näher zu verfassungsrechtl. Fragen des Erm.gesetzes.
2) Püschel, Niedergang S. 11
3) Zit. nach Schier, Justiz im Dritten Reich S. 8
4) Nach Abschaffung der Gewerkschaften und des Parteiensystems gab es als einzige zugelassene Partei nur noch die NSDAP. Parteineugründungen waren strafbar. Dazu: Mitteis-Lieberich, aaO S. 345
5) Kimminich, aaO S. 551 mwN; zur organisatorischen Gleichschaltung im Gerichtswesen Kolbe, Reichsgerichtspräsident Bumke S. 230 ff

ständig neuer gewaltverbreitender Gesetze, die den totalen Machtanspruch des Führertums in einem totalen Staat demonstrierten. Der Rechtsstaat existierte nicht mehr, der zaghafte Versuch der Weimarer Republik eine Demokratie einzuführen war einer Diktatur gewichen, die zu einer sog. Gleichschaltung auf allen staatlichen und gesellschaftlichen Ebenen geführt hatte. Neben dem Führertum war der beherrschende Grundsatz der neuen "völkischen" Rechtsordnung der Rassengedanke mit dem Gegensatzpaar nordische Rasse - jüdische Rasse. Vor diesem Hintergrund erscheint es verständlich, daß sich die Rechtsentwicklung ebenfalls einschneidend verändern mußte. Einerseits war es für den totalen Staat unumgänglich, daß Rechtsprechung und Rechtswissenschaft unterstützend am Aufbau eines neuen Systems mithalfen, andererseits blieb den dabei betroffenen Juristen bei diesen elementaren und existentielle Substanz angreifenden Neuerungen gar keine Wahl, als ebenfalls - in irgendeiner Form - neue Wege zu beschreiten. Vor diesem nationalsozialistischen Gefüge wird es einsichtig, daß auch das Wesen der "Keimzelle des Staates", das Wesen der Ehe, grundlegende Veränderungen erfahren mußte.

Das interessanteste und traurigste Buch, das über das Dritte Reich geschrieben werden muß, wird sich mit der Verderbung des deutschen Charakters zu beschäftigen haben. Niemals in unserer Geschichte hat ein solcher Generalangriff auf die menschlichen Tugenden stattgefunden. Nie zuvor sind Eigenschaften wie Zivilcourage, Gesinnungstreue, Mitleid und Frömmigkeit so grausam und teuflisch bestraft, nie vorher sind Laster wie Roheit, Unterwürfigkeit, Käuflichkeit, Verrat und Dummheit so maßlos und so öffentlich belohnt worden.

Erich Kästner

III. Die nationalsozialistische Rechtsanschauung

Bedeutsam für das Verständnis der nationalsozialistischen Rechtsanschauung ist die Begeisterung mit der große Teile der deutschen Juristen den Beginn des neuen "Zeitalters" begrüßten, die Stunde Null des deutschen Rechts. Diese Emotionen schlugen sich darin nieder, daß noch nie in so kurzer Zeit so viel juristische Literatur erschien. [1] Allgemein wurde von dem Beginn einer neuen, großen Rechtserneuerung gesprochen. So schreibt Larenz im Jahre 1934: [2]

"Der nationalsozialistische Staat hat die Erneuerung unseres Rechtslebens in Angriff genommen. Ziel dieser Rechtserneuerung ist, die Kluft zwischen dem Volk und seinem Recht zu schließen, ein Recht zu schaffen, das den sittlichen Anschauungen unseres Volkes wie seinen Lebensbedürfnissen entspricht und nach Inhalt und Form ein wahrhaft deutsches Recht genannt werden kann."

---

1) Hattenhauer, aaO, Rdn. 574
2) Larenz, Rechtserneuerung S. 3

Mit ursächlich für diesen Gefühlsüberschwang war die in den ersten Jahrzehnten dieses Jahrhunderts vorhandene Stagnation des Rechts in einem erstarrten Rechtspositivismus.

"Der fortschreitende Zerfall der bisherigen gesellschaftlichen Ordnung in und nach dem ersten Weltkrieg wie auch das Dahinschwinden der inneren Verbundenheit der Bevölkerung mit dem bestehenden Staatswesen, an deren Stelle die Republik von Weimar in der ihr verbliebenen Zeitspanne nichts Ähnliches ins Leben zu rufen vermochte, haben allerdings dem Rechtspositivismus in der Zeit zwischen 1918 und 1933 seine innere, wertbezogene Berechtigung genommen ... So verharrten die Rechtspflegeorgane in jenen Jahren weithin in der hergebrachten positivistischen Grundhaltung - eine Entwicklung, die noch ohnehin durch den stark zum Konservativen, zum Bewahren neigenden Zug jeder richterlichen Tätigkeit begünstigt wurde." 1)

Die Begeisterung der Juristen drückte sich alleine schon in einer neuen Sprache aus, die von einem heute seltsam erscheinenden Pathos erfüllt war; allgemein bekannte man sich zur Irrationalität und nach der langen Zeit nüchternen positivistischen Verharrens, glaubte man "Geborgenheit in den dunkelwarmen Tiefen der Volksseele" zu finden, wie es Hattenhauer in seiner prägnanten und subtilen Darstellung des Nationalsozialismus nennt. Die Gegenreaktion auf die positivistische Nüchternheit war das unklare, mystische, schrankenlose, von Gefühlen und nebulösen höheren Werten erfüllte Rechtsgefüge des Nationalsozialismus. 2)

Grundlegend für die nationalsozialistische Rechtsanschauung ist die Bedeutung des Rechts als Kampfmittel, als Mittel zur Erlangung der Macht, ein Instrument zur totalen Herrschaft und zur dafür notwendigen Beseitigung aller formalen und materiellen juristischen Bindungen. 3) Hitler gab dies auch unumwunden zu:

---

1) Schier, Justiz im Dritten Reich S. 13 f

2) Ausführlich: Schorn, Richter S. 23 ff; Hattenhauer, aaO, Rdn. 575; Laufs, Rechtsentwicklungen S. 295 ff; Menger, Verfassungsgeschichte, Rdn. 381 ff; Schier, aaO S. 14 ff

3) Zur Gesetzgebung als Teil der politischen Führung, Schorn, Gesetzgebung S. 10 ff (12); Huber, aaO S. 244 ff

"Es gibt nur ein Recht in der Welt und dieses Recht liegt in der eigenen Stärke." 1)
"Es ist nun so, daß das letzte Recht immer in der Macht liegt." 2) 3)

Welche Vorstellungen von der Aufgabe der Richter, ganz im Sinne des totalen Machtanspruchs, herrschten, zeigt eine Aussage von Goebbels aus dem Jahre 1942:

"Der Richter müsse bei seinen Entscheidungen weniger vom Gesetz ausgehen als von dem Grundgedanken, daß der Rechtsbrecher aus der Volksgemeinschaft ausgeschieden werde. Im Kriege gehe es nicht so sehr darum, ob ein Urteil gerecht oder ungerecht sei, sondern nur um die Frage der Zweckmäßigkeit der Entscheidung ... Der Zweck der Rechtspflege sei nicht in erster Linie Vergeltung oder gar Besserung, sondern Erhaltung des Staates. Es sei nicht vom Gesetz auszugehen, sondern von dem Entschluß, der Mann müsse weg." 4)

Treffend bezeichnet Rüthers dies als Un - Recht im umfassenden Sinne der Verneinung jeder normativen Bindung.

Als unvereinbar mit dem neuen Rechtsverständnis erwies sich die bisherige Auffassung vom Rechtsstaat:

"Wir bestimmen also nicht den Nationalsozialismus von einem ihm vorgegebenen Begriff des Rechtsstaates, sondern umgekehrt den Rechtsstaat vom Nationalsozialismus her." 5)

Die vielen Äußerungen zum Rechtsstaat des führenden Rechtstheoretikers des Nationalsozialismus, Carl Schmitt, gipfelten in dem Satz:

---

1) Hitler vor Parteiführern 1928, zit. nach Laufs, aaO S. 303
2) Hitler vor politischem Führernachwuchs auf der Ordensburg Sonthofen, zit. nach Laufs, aaO
3) Zu Hitlers äußerst negativer Einstellung zum Recht und den Juristen: Weinkauff, deutsche Justiz S. 46 ff mwN; Picker, Tischgespräche; Rauschning, Gespräche; Hitler, Mein Kampf; Schulz, Maßnahmestaat S. 517 ff
4) Rede vom 22.7.1942 vor den Mitgliedern des Volksgerichtshofes unter ausdrücklicher Billigung Hitlers
5) Schmitt, JW 1934, 713 ff (716)

"Er (der Staat) ist als Ganzes ein Organ des Führers der Bewegung." 1)

Ganz entsprechend wandte man sich auch von der Demokratie ab; so sagte Frank 1933 ganz unmißverständlich: 2)

"Demokratie ist identisch mit umfassendster Ungerechtigkeit und Unmoral."

In der Folge dieser Gedanken wurde eine Trennung von Recht und Gesetz eingeführt, die schrankenlosem Terror Tür und Tor öffnete. Recht und Gesetz waren nunmehr zwei Dinge, so daß Normativbestimmungen mühelos umgangen werden konnten. Recht war das, was als Summe dem Volke als immanentes Rechts- und Unrechtsdenken innewohnte; anders ausgedrückt: Was Recht war, wurde von den Machthabern als von dem Volk als "richtig" anerkannt, festgesetzt.

"Recht ist das, was arische Männer für Recht befinden." 3)

Nach Lorenz 4) sind die neuen Rechtsquellen lediglich der Rechtswille und das Rechtsgefühl der Deutschen. Dazu führte Schmitt 1934 aus: 5)

"Dabei ist insbesondere unser Gesetzesbegriff etwas wesentlich anderes als der ... auf der Gewaltentrennung von Legislative und Exekutive beruhende liberal-rechtsstaatliche Gesetzesbegriff. Wir haben heute Regierungsgesetze, sogar Regierungsverfassungsgesetze, die in vollem Sinne formale und materielle Gesetze sind, obwohl sie nicht auf einem Parlamentsbeschluß, sondern auf dem Beschluß der von Adolf Hitler geführten Reichsregierung beruhen und einen anderen Gleichheitsbegriff voraussetzen als die liberaldemokratische "Gleichheit vor dem Gesetz"."

Es folgte eine Abkehr von der "formellen Rechts- und Unrechtsauffassung", 6) eine Tat konnte nicht nur dann Unrecht sein, wenn sie normativ mit Strafe belegt war, sondern "materielles Unrecht"

---

1) Schmitt, aaO
2) Frank, DRZ 1933, 26 f (?), zit. nach Weinkauff, aaO S. 59
3) Rosenberg, Mythus, 3. Buch IV 3
4) Lorenz, Diss., S. 7
5) Schmitt, aaO; ebenso markant Seydel, Rechtssicherheit S. 85
6) Freisler, Völkische Sittenordnung S. 37

war auch dann gegeben, wenn sich eine Tat gegen die Staatsführung richtet, unabhängig von einer normativen Fixierung. "Unrecht ist also künftig in Deutschland auch da möglich, wo es kein Gesetz mit Strafe bedroht." 1)

Als eine verfassungsrechtliche Bestimmung ersten Ranges bezeichnete Schmitt 2) den Art. 19 des Parteiprogrammes der NSDAP, wonach das der materialistischen Weltanschauung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht zu ersetzen sei. 3) Die nationalsozialistische Umgestaltung des Rechts war auf bestimmte Gebiete beschränkt. Speziell das Zivilrecht unterlag am wenigsten der Änderung, da hier die Kraft und das Eigenleben des Wirtschaftslebens sich durchsetzten. Eine Ausnahme davon stellte das Eherecht dar, zumal die Familie nunmehr zur "Keimzelle des Staates" geworden war; wie alle autoritären Staatsgebilde machte auch der Nationalsozialismus keine Ausnahme davon, daß die Ehe und die Familie für ihn von besonderer Bedeutung war und nicht nur eine Frage des Privatrechts. 4)

---

1) Gürtner 1935, Dokumente, Bd. III S. 305

2) Schmitt, DR 1936, 181; Schlegelberger, Beruf unserer Zeit, passim

3) Auch durch die Erläuterungen Rosenbergs bekamen diese Phrasen des Programms keinen Inhalt, vgl. Rosenberg, A., Parteiprogramm der NSDAP. Man wollte den Individualismus überwinden, es sollte ein "Pflicht- und Gemeinschaftsdenken" eingeführt werden, die "eigennützige Willensherrschaft" sollte überwunden werden, das Eigentum sollte stärkeren Beschränkungen unterliegen, der richterlichen Vertragsgestaltung sollte mehr Raum gegeben werden. Das BGB wurde als ein "Gesetzbuch der Konstruktion und Abstraktion" abgetan, als "lebensfremd", dazu Daut, Diss., S. 8 f; Schlegelberger, Abschied S. 10

4) Entsprechend auch die neuere Entwicklung in der DDR, die ebenfalls das Eherecht aus dem Zivilgesetzbuch ausklammerte und die Ehe unter dem gesellschaftlichen Gemeinschaftsgedanken betrachtet, Bellon, Diss., S. 1 ff (7 f)

Besonderen Eingriffen unterlagen vor allem das Strafrecht, Polizeirecht, Arbeitsrecht und Bauernrecht. [1]

Schon 1934 begannen Arbeiten an einem Volksgesetzbuch, die aber nichts weiter als die "Grundregeln und Buch I" in Form eines Entwurfes hervorbrachten. [2] Besonderes Interesse verdienen dabei die "Grundregeln des VGB". Sie sollten dem Volksgesetzbuch vorangestellt werden und sind typische Beispiele für nationalsozialistische Ideologie und Pathos. Die Grundregeln "sollen in gewinnender, leicht verständlicher Sprache einer wohlverstandenen Volkstümlichkeit dienen." 3)
Unübersehbar war jedoch für jeden Juristen ihre politische Zielsetzung, und ihre Werturteile mußten notwendigerweise starken Einfluß auf die Handhabung des Gesetzes durch die Gerichte haben. Dem Voranstellen von Präambeln, Grundregeln, Vorsprüchen und anderen Präliminarien galt eine besondere Vorliebe des nationalsozialistischen Gesetzgebers, konnte er doch an dieser Stelle in dem ihm eigenen Duktus auf die Zielsetzung der Bewegung eingehen. [4]

Als die Quintessenz nationalsozialistischer Sozial- und Rechtsdoktrin überhaupt bezeichnet Hattenhauer [5] den ständig wiederholten Satz: "Du bist nichts - Dein Volk ist alles". Ausgangspunkt des Nationalsozialismus war nicht der einzelne, sondern das ganze Volk. [6] In seiner grundlegend negativen und ablehnenden Einstellung zu allen individualistischen und liberalen Grundsätzen, war dieser Satz als eine Art Kampfansage an diese Ideale aufzufassen.

---

1) Zur politischen Kriminalisierung und zum Anstieg der Delikte mit Todesstrafe als Rechtsfolge Broszat, Staat Hitlers S. 406 ff
2) Zur Entwicklungsgeschichte Hedemann DR 1941, 1913 ff; ders., Volksgesetzbuch der Deutschen
3) Hedemann, Volksgesetzbuch der Deutschen S. 28
4) Laufs, aaO S. 300
5) Hattenhauer, aaO, Rdn. 579
6) Hildebrandt, Rechtsfindung S. 31

"Der einzelne existiert für die Volksgemeinschaft und für ein die Volksgemeinschaft zur Grundlage nehmendes Recht nur, wenn und soweit er in dieser Gemeinschaft steht und wirkt; der einzelne ist Mensch nur in der Gemeinschaft, nur von der Gemeinschaft aus erhält er Leben, Aufgabe und Wirkungskraft." 1)

"Als die Einheit seiner Glieder erfaßt er (der Machtstaat) das gesamte natürliche, sittliche, geistige Leben seiner Bürger mit Notwendigkeit. Es kann keine dem staatlichen Leben entzogenen sog. Freiheitssphären seiner Bürger geben, und ein Versuch, gegenüber diesen die Grenzen der staatlichen Wirksamkeit zu bestimmen ... ist sinn- und aussichtslos." 2)

Nach diesen Sätzen erscheinen viele Vorgänge des Nationalsozialismus in ihrer Ungeheuerlichkeit nicht mehr ganz so unverständlich. Für das Recht, speziell für das Privatrecht, war der zukünftige Grundbegriff nicht mehr die Person sondern der Genosse. 3) Das Volk wurde zum Maßstab aller Dinge, zum anbetungswürdigen Über-Ich (Hattenhauer). 4)

IV. Die gesetzliche Grundlage des nationalsozialistischen Eherechts

1. Die Regelung vor dem EheG 38 - 1933 - 1938

Das Familienrecht des BGB galt unverändert weiter. Vor allem zwei Gesetze führten nationalsozialistisches Gedankengut in das Familienrecht ein, u. z. das sog. Blutschutzgesetz und das sog. Ehegesundheitsgesetz. Das Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. 9. 1935 (RGBL I, 1146),

---

1) Siebert, Handbuch S. 961
2) Binder, Volksstaat S. 33
3) Larenz, Rechtserneuerung S. 40
4) Zur biologischen Auffassung des Begriffes Volk in der ns Ethik auf dem Boden einer Blut und Boden - Mystik, Hattenhauer, aaO, Rdn. 580

das sog. Blutschutzgesetz, verbot die Eheschließung und den außerehelichen Verkehr zwischen Juden oder jüdischen Mischlingen und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes. Diesen Verboten zuwider geschlossene Ehen waren nichtig und die Betreffenden konnten mit Zuchthaus bestraft werden. [1] Bezeichnend für die hinter solchen Normen stehende Geisteshaltung ist § 3 des Gesetzes, wonach Juden weibliche Staatsangehörige in ihrem Haushalt nur dann beschäftigen dürfen, wenn diese mindestens 45 Jahre alt waren. Sinn des Gesetzes sollte die Erhaltung des Rassebewußtseins der Bürger sein und die innere Geschlossenheit des einzelnen Menschen und der Gesellschaft. [2] Nach dem Vorspruch des Gesetzes ging es um die Reinheit des deutschen Blutes, die Voraussetzung für den Fortbestand des deutschen Volkes ist und um dessen Sicherung für die Zukunft. Das Blutschutzgesetz ist ausdrücklich von den Besatzungsmächten durch Art. I 1k des Kontrollratsgesetzes Nr. 1 vom 20. 9. 1945 (ABLKR 6) aufgehoben worden. [3]

Das Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes, das sog. Ehegesundheitsgesetz, wurde am 18. 10. 1935 (RGBl I, 1246) erlassen. Dadurch wurden eine Reihe von Eheverboten postuliert, nach denen keine Ehen mit Partnern geschlossen werden durften, die an Krankheiten ansteckender oder vererblicher

---

1) A. Rosenberg, Mythus, 3. Buch, IV 3: "Ehen zwischen Deutschen und Juden sind zu verbieten ... Geschlechtsverkehr ... zwischen Deutschen und Juden ist je nach der Schwere des Falles mit Vermögensbeschlagnahme, Ausweisung, Zuchthaus und Tod zu bestrafen." Nach Hattenhauer, aaO, Rdn. 585 lag hier ein Staatsverbrechen ersten Ranges vor: "Seit den Zeiten der Aufklärung hatte es das im deutschen Reich nicht mehr gegeben, daß der Geschlechtsverkehr zum Kapitalverbrechen gemacht worden war. Die Ketzerprozesse der Vorzeit waren wieder Wirklichkeit geworden."

2) Gütt in Gütt-Linden-Maßfeller, Gesetze S. 16; Lösener-Knost, Nürnberger Gesetze

3) Ausführlich zur Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Blutschutzgesetz, Kolbe, Reichsgerichtspräsident Bumke S. 260 ff; Kaul, Reichsgericht S. 113 ff

Natur litten. Damit wurde auch das Ehetauglichkeitszeugnis eingeführt, das nunmehr zur Heirat vorgelegt werden mußte. Das Gesetz hatte die Aufgabe

"Ehen ihrem wirklichen Zweck, nämlich der Erzeugung gesunder Kinder, wieder zuzuführen." 1)

Ob dieses Gesetz wirklich "typisch" nationalsozialistisches Gedankengut enthält, kann bestritten werden. Dazu Dietz: 2)

"Zwar ist ein erbgesundheitlich indiziertes Eheverbot nicht notwendig Ausdruck nationalsozialistischer Auffassung, wie ja auch andere Rechtsordnungen solche Verbote kennen, aber in der Ausgestaltung im einzelnen trat doch die nationalsozialistische Auffassung stark hervor."

Aufgehoben wurde dieses Gesetz durch Art. 9 I Nr. 6 FamRÄndG vom 11. 8. 1961.

Nach Beginn der Herrschaft des Nationalsozialismus bestand also für die Gerichte und die Rechtswissenschaft vorerst (zumindest bis 1938) die Rechtslage der Weimarer Republik. Es gab noch keine gesetzliche Grundlage für eine nationalsozialistische Eherechtsprechung. Dieser Zustand währte fünf Jahre bis 1938.

2. Die Regelung des EheG 38 - 1938 - 1945

Eine grundlegende Änderung des Eherechts brachte das Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. 7. 1938 (RGBl I, 807). Durch dieses Gesetz wurden wesentliche Teile aus dem BGB herausgenommen und in einem besonderen Gesetz zusammengefaßt. 3) Nicht ganz unproblematisch ist die Frage

---

1) Gütt, aaO S. 23
2) Staudinger-Dietz, Einl. v. EheG Rdn. 11; auch Peter, DR 1937, 235 ff (239 ff)
3) Dazu: Guthjahr, DR 1938, 311 ff

nach nationalsozialistischem Gedankengut im neuen Ehegesetz. Zwar ist auf das Blutschutzgesetz und Ehegesundheitsgesetz verwiesen (§§ 4, 5), ausdrücklich einbezogen wurden diese Gesetze nicht. Von den sonstigen Bestimmungen ist eigentlich nur § 53 (Vorzeitige Unfruchtbarkeit) als ein grundsätzlich absoluter Scheidungsgrund nationalsozialistischer Natur. [1] Bezüglich § 48 (Verweigerung der Fortpflanzung) ist dies fragwürdig, [2] in der Handhabung des Gesetzes selbst, dürfte es jedoch außer Zweifel sein. Gegen die Annahme als typisch nationalsozialistisches Gesetz spricht auch, daß es mit Ausnahme des Blutschutzgesetzes, des Ehegesundheitsgesetzes und des § 53 noch heute in Österreich gilt. [3]

Das Ehegesetz von 1938 ist durch das Ehegesetz vom 20. 2. 1946, Gesetz Nr. 16 des Kontrollrats (ABLKR 77) ersetzt und aufgehoben worden, § 79 S. 1; [4] § 78 dieses Gesetzes besagt ausdrücklich, daß die durch das Ehegesetz außer Kraft getretenen BGB-Normen nicht wieder gelten.

Durch das Ehegesetz von 1938 wurden einige für die vorliegende Arbeit relevante Normen des BGB aufgehoben und durch andere ersetzt (Aufgehoben: §§ 1333, 1568, ersetzt durch: §§ 37, 49) sowie eine neue eingeführt (§ 55). Sowohl den aufgehobenen, den dafür neu eingeführten, als auch der gänzlich neuen Norm ist der Begriff Wesen der Ehe gemeinsam. In den Fällen, in denen es um die Aufhebungs- oder Scheidungsklage geht, wird das Begehren

---

1) Staudinger-Dietz, aaO Rdn. 13, nach dem die anderen Änderungen gegenüber dem BGB weitgehend auf Vorarbeiten der zwanziger Jahre beruhen.

2) Dafür: Hoffmann-Stephan, Einl. Rdn. 18. Auch Lüke in Wolf-Lüke-Hax S. 80 sieht darin eine typische ns Regelung, ebenfalls Kühn, Diss., S. 84. Statistisch hatten die §§ 48, 53 nur eine geringe Bedeutung, dazu Lüke, aaO S. 79 Rdn. 253; Zu § 48 aus ns Sicht, Frantz, DR 1943, 326 ff

3) Staudinger-Dietz, aaO

4) Staudinger-Dietz, aaO Rdn. 27

des Klägers daraufhin betrachtet, ob es bei "richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sittlich gerechtfertigt" ist. Es wird nun zu untersuchen sein, wie sich eine unterschiedliche Interpretation von Normen gestaltet, die sich im wesentlichen auf die gleichen unbestimmten Rechtsbegriffe stützen. Durch die Änderung dieser Normen fand die Auslegung im nationalsozialistischen Sinne naturgemäß eine breite, nicht mehr zu umgehende, Basis.

3. Synoptische Gegenüberstellung der Normen

§ 1353 I BGB: Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet.

§ 1333 BGB:	§ 37 I EheG:
Eine Ehe kann von dem Ehegatten angefochten werden, der sich bei der Eheschließung in der Person des anderen Ehegatten oder über solche persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden.	Ein Ehegatte kann Aufhebung der Ehe begehren, wenn er sich bei der Eheschließung über solche die Person des anderen Ehegatten betreffende Umstände geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten hätten.

Veränderungen

Verständige Würdigung des Wesens der Ehe	Richtige Würdigung des Wesens der Ehe
Persönliche Eigenschaften	Umstände

§ 1568 BGB:	§ 49 EheG:
Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte durch schwere Verletzung der durch die Ehe be-	Ein Ehegatte kann Scheidung begehren, wenn der andere durch eine sonstige schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses oder un-

gründeten Pflichten oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet hat, daß dem Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann. Als schwere Verletzung der Pflichten gilt auch grobe Mißhandlung.

sittliches Verhalten die Ehe schuldhaft so tief zerrüttet hat, daß die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Wer selbst eine Verfehlung begangen hat, kann die Scheidung nicht begehren, wenn nach der Art seiner Verfehlung, insbesondere wegen des Zusammenhanges der Verfehlung des anderen Ehegatten mit seinem eigenen Verschulden sein Scheidungsbegehren bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt ist.

Veränderungen

Begriff Wesen der Ehe fehlt	Richtige Würdigung des Wesens der Ehe eingeführt
Scheidung abhängig von subjektiven Voraussetzungen, d. h. Zumutbarkeitsprüfung	Scheidung abhängig von objektiven Voraussetzungen
Eine Bestimmung wie die des § 55 EheG war dem BGB fremd.	§ 55 EheG: (1) Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten, so kann jeder Ehegatte die Scheidung begehren. (2) Hat der Ehegatte, der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, so kann der andere der Scheidung widersprechen. Der Widerspruch ist nicht zu beachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist.

Neu: Durch § 55 EheG wurde das Zerrüttungsprinzip in das Scheidungsrecht eingeführt.

Bemerkung: Es wurden nur die Veränderungen und Neuerungen aufgeführt, die für die vorliegende Arbeit von Bedeutung sind. Zu weiteren Einzelheiten: von Scanzoni, Kommentar

V. Die neue Auffassung vom Wesen der Ehe in der nationalsozialistischen Rechtsanschauung

Aus den durch den Nationalsozialismus eingeführten neuen Auffassungen von Volk und Rasse, mußte sich konsequenterweise auch eine Veränderung der bestehenden Wertgrundlagen des Ehe- und Familienrechts vollziehen.

1. Die offiziellen Äußerungen zum Wesen der Ehe

Am bedeutsamsten, da richtungsweisend und ständig zitiert, waren die Ansichten Adolf Hitlers zur Ehe. Schon Mitte der zwanziger Jahre hatte er in "Mein Kampf" verlangt:

"Auch die Ehe kann nicht Selbstzweck sein, sondern muß dem einen größeren Ziele, der Vermehrung und Erhaltung der Art und Rasse, dienen. Nur das ist ihr Sinn und ihre Aufgabe." 1)
"Es gibt nur ein heiligstes Menschenrecht, und dieses Recht ist zugleich die heiligste Verpflichtung, nämlich dafür zu sorgen, daß das Blut rein erhalten bleibt, um durch die Bewahrung des besten Menschentums die Möglichkeit einer edleren Entwicklung dieser Wesen zu geben.
Ein völkischer Staat wird damit in erster Linie die Ehe aus dem Niveau einer dauernden Rassenschande herauszuheben haben, um ihr die Weihe jener Institution zu geben, die berufen ist, Ebenbil-

1) Hitler, Mein Kampf S. 275

der des Herren zu zeugen und nicht Mißgeburten zwischen Mensch und Affe." 1)

Durch das Ehegesetz von 1938 bekamen diese Anschauungen auch ihre rechtliche Grundlage. Das Gesetz stellte eine Etappe auf einem rechtspolitischen Weg dar, der bereits im Programm der NSDAP vom 24. 2. 1920 in Art. 19 genannt wurde, wonach das römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht ersetzt werden sollte. 2)

Ganz im Gegensatz zu der Vorliebe des nationalsozialistischen Gesetzgebers für Präambeln und Vorsprüche, wurde das Ehegesetz von 1938 nicht mit einem Vorspann versehen, dafür gibt aber die umfangreiche Amtliche Begründung des Gesetzes die Absichten des Gesetzgebers wieder: 3)

"Ehe und Familie sind die Grundlage des völkischen Gemeinschaftslebens, von deren Kraft und Gesundheit Wert und Bestand der Volksgemeinschaft abhängen. Sie bergen in sich die Kräfte, deren Entfaltung und Wirkung die Ewigkeit des völkischen Lebens sichert."

"Eine solche Betrachtung ist unvereinbar mit der liberalistischen, die in der Ehe eine vertragsartige Zweckverbindung zur Verwirklichung individueller Interessen sieht. Denn für den nationalsozialistischen Staat liegt aber der tiefste Sinn der Ehe außerhalb der Individualinteressen der Ehegatten. Andererseits erblickt er die Weihe der Einrichtung der Ehe aber nicht wie die konfessionelle Betrachtung in jenseitigen Vorstellungen und religiösen Bindungen, sondern in der Bedeutung der Ehe für Bestand und Gesundheit des deutschen Volkes."

Aufgabe des neuen Ehegesetzes sollte also die Entprivatisierung der Ehe werden, die wie alles in diesem "völkischen" Staate in den Dienst der nationalsozialistischen Sache zu stellen war. 4)

---

1) Hitler, aaO S. 444 f
2) 1936 hatte Lange, Lage und Aufgabe, diese Zielsetzung unterstützt und gefeiert. Desgleichen unterstützten dies Schlegelberger in seiner bekannten Arbeit "Abschied vom BGB" und Hedemann, Die Erneuerung des Bürgerlichen Rechts.
3) Amtliche Begründung, DJ 1938, 1102 ff (1107)
4) Dazu Rüthers, Auslegung S. 402

Die Akademie für Deutsches Recht gab 1937 im Rahmen ihrer Reformarbeiten zum Ehegesetz 38 in ihrem Vorschlag folgende Ehedefinition: [1]

"Ehe ist die von der Volksgemeinschaft anerkannte, auf gegenseitiger Treue, Liebe und Achtung beruhende dauernde Lebensgemeinschaft zweier rassegleicher, erbgesunder Personen verschiedenen Geschlechtes zum Zwecke der Wahrung und Förderung des Gemeinwohls durch einträchtige Zusammenarbeit und zum Zwecke der Erzeugung rassegleicher, erbgesunder Kinder und ihre Erziehung zu tüchtigen Volksgenossen."

Der Nationalsozialistische Rechtswahrerbund erläuterte: [2]

"Die Ehe als die ursprünglichste völkische Gemeinschaft sichert den Bestand des Volkes durch die Folge der Geschlechter. Sie zu erhalten und zu schützen, ist Aufgabe des völkischen Staates."

2. Die Äußerungen der rechtswissenschaftlichen Literatur

In einer unübersehbaren Fülle feierte die rechtswissenschaftliche Literatur die neue Eheauffassung und versuchte sie durch vielfältigste Ausführungen in das Rechtssystem einzuordnen und ihre Folgen zu bestimmen.

a) Begriffsbestimmungen und Aufgabe der Ehe

Obwohl das Ehegesetz selbst - genau wie das BGB - keine Definition der Ehe gab, fehlte es nicht an zahlreichen Versuchen, Begriffsbestimmungen zu geben. Frank gab die folgende "Zweckbestimmung": [3]

"Im Lichte nationalsozialistischer Weltanschauung erschöpft sich das Wesen der Ehe nicht in jener abstraktethischen Besonderheit,

---

1) Mößmer, Neugestaltung S. 11 f
2) Begründung, DR 1937, 251
3) Frank, Geleitwort S. 3 f

die einzige in unserem Kulturkreis anerkannte dauernde Geschlechts- und Lebensgemeinschaft zweier Einzelmenschen zu sein, sie ist vielmehr die Urzelle völkischen Lebens und der Grundpfeiler deutsch-völkischer Kultur. Das wesentlichste Interesse der Volksgemeinschaft am Institut der Ehe liegt darin, daß sie die sicherste Grundlage zur Schaffung und Erhaltung einer deutschblütigen erbgesunden Bevölkerung durch gesunden volksbewußten Nachwuchs ist."
"Klar wie keine andere Weltanschauung hat der Nationalsozialismus das Wesen der Ehe und ihre Bedeutung für das Volksganze erkannt; die bewußte Anwendung der natürlichen Gesetze des organischen Lebens gerade auf dieses Rechtsgebiet kann sich nur nützlich für das Leben der Volksgemeinschaft erweisen." 1)
Bovensiepen 2) versucht in seiner Arbeit eine Abgrenzung von der bürgerlichen Ehe des 19. Jahrhunderts. Da es durch die nationale Revolution keine bürgerliche Gesellschaft mehr gibt, kann es auch ihre Eheform nicht mehr geben. Das neue Ideal werde im Laufe der Zeit auch die neue Ehe bringen, die Ehe befinde sich, wie die ganze Welt- und Lebensanschauung in einem Übergang. Wie alle Autoren betont er auch die Einordnung der Ehe in die Volksgemeinschaft. 3) Deutlich ergriffen von der allgemeinen Euphorie unter den nationalsozialistischen Juristen feiert er eine neue Gesellschaft, in der die Frau "befreit" ist, geschiedene Frauen nicht mehr geächtet werden, kurz: eine neue Stellung der Frau in der Gesellschaft. Dabei übersieht er aber, daß dies Formen sind, die erst anzustreben sind weil sie einer langen Zeit der Entwicklung bedürfen.

Eine stark idealisierte Ansicht vertritt auch Wetzel: 4)
"Der Nationalsozialist stellt den Gemeinnutz über den Eigennutz. Er denkt nicht nur an Selbsterhaltung, sondern auch an seine Pflicht gegenüber der Gesamtheit: Er will den Bestand seines Volkes erhalten, und, indem er an seine Vorfahren denkt, will er sein Leben in alle Zukunft hinein fortbestehen wissen. Es ist

---

1) Frank, aaO S. 5
2) Bovensiepen, Diss., S. 86 ff
3) Bovensiepen, aaO S. 88
4) Wetzel, A., Diss., S. 6

für ihn eine Selbstverständlichkeit eine Ehe einzugehen und für Kinderreichtum zu sorgen."

Deutlich läßt sich an diesen Worten die für die damalige nationalsozialistische Literatur typisch pathetische und überschwengliche Art erkennen, die dabei allerdings großdeutsches Wunschdenken mit der Wirklichkeit durcheinanderbringt.

Ebenfalls wie Wetzel idealisierend, tritt für Bommert an die Stelle der gegenseitigen Verpflichtung zur Lebensgemeinschaft die Verbindung zu der beiden Ehegatten übergeordneten Ehegemeinschaft, die ihren Sinn aber nur im Dienste der Volksgemeinschaft erhält und dies durch die Zeugung gesunder Kinder demonstriert. [1)]

Triebel [2)] betont ausdrücklich, die Aufgabe der Ehe liege als Urgemeinschaft des Volkes in dessen rassischer Erhaltung und Mehrung.

"Die Gemeinschaft hat ein Recht, zu verlangen, daß nur Ehen geschlossen werden, die der nationalsozialistischen Weltanschauung entsprechen, da diese nur ihrer Aufgabe gerecht werden können."

Triebel entwickelt in wirtschaftlicher Hinsicht drei neue Eheformen: [3)] Althergebrachter Weise ist die Frau dem Manne unterstellt, der sog. Wirtschaftsuniversalismus der Ehe. Wenn die Frau dem Manne gleichgestellt ist, so handelt es sich um den Wirtschaftsindividualismus der Ehe. Die dritte Möglichkeit ist die des Wirtschaftssozialismus: Die Frau ist dem Manne dabei "nebengeordnet":

"Der ethische Grundgedanke dieser Eheauffassung ist, daß die Frau zwar ihren sittlichen Wert an sich schon hat, daß er aber zur höchsten naturgewollten Entfaltung erst in der arteigenen Ehe und Familie kommt."

---

1) Bommert, Lieselotte, Diss., S. 46 ff
2) Triebel, Diss., S. 50
3) Triebel, aaO S. 51 ff

Im Wirtschaftsuniversalismus gehörten alle Werte dem Mann, im Wirtschaftsindividualismus konnte die Frau zwar eigenes Vermögen erwerben, da der Mann jedoch in der Regel der wirtschaftlich stärkere war, wurde die Frau schließlich doch ausgebeutet. Der nationalsozialistische Wirtschaftssozialismus aber, in dem alles Vermögen Familienvermögen wird, kann zu keiner Ausbeutung eines Ehepartners führen, "da alles für die Interessen der Ehegemeinschaft unternommen wird". [1)]

Welch aufwendige Ausführungen ohne Ergebnis! Unklar und abstrakt bleibt die Bedeutung der "Nebengeordnetheit" der Ehepartner und ist nichts weiter als eine wortreiche Verbrämung für die althergebrachte Rollenverteilung. Triebel schreibt nämlich gleich darauf:

"Zufolge ihres innersten Wesens geht sie mit ihren Interessen ganz in der Gemeinschaft auf ... Die Ehe ist ihre Aufgabe, die Familie Ziel." 2)

Über einen wirtschaftlichen Ansatzpunkt wird ein scheinbar neues gesellschaftspolitisches Ideal gewonnen, in dem die Frau im Grunde genommen - entgegen den gesellschaftlichen Entwicklungen der vergangenen Jahrzehnte - wieder in ihre althergebrachte Rolle zurückgedrängt wird.

Für Zechnall setzt die nationalsozialistische Eheauffassung nur die Gedankengänge Hegels fort. [3)] War dieser schon gegen die Vertragsauffassung der Ehe und faßte die Ehe als eine Einheit auf, aufgebaut durch die geistige Einheit der Partner, so entspreche diese Auffassung durchaus dem, was eine "besondere völkische Ordnung" sei. Wie auch Hegel meine der Nationalsozialismus, die Ehe werde nicht von den Ehegatten geschaffen, sondern sei im "Wesen" der Gatten bereits angelegt, diese brauchen sich nur ihrer Einheit bewußt zu werden.

---

1) Triebel, aaO S. 53
2) Triebel, aaO S. 54
3) Zechnall, Diss., S. 72 f

Da nach allgemeiner Ansicht, der Nationalsozialist nur eine völkische Ehe wollte, müßte nach Zechnall in ihm auch schon die Voraussetzung für eine völkische Ehe "angelegt" sein. Hier verwischen sich wieder unrealistisches Traumdenken und Wirklichkeit und sollen ihre Absicherung durch einen rechtsphilosophischen Hintergrund erhalten.

Neupert definiert die Ehe vom Zweck der rassereinen Erhaltung des Volkes her: [1] Es gehe darum, die Erfüllung eines Zuchtzieles zu erreichen, so daß die Ehegatten voneinander verlangen dürfen und müssen, daß die eheliche Zellbildung die Gewähr dafür biete. Danach unterscheidet er in Hochzuchtehen (für das deutsche Volk besonders wertvolle Ehen), in Wohnehen (sie bilden den Gegenpol zu den Hochzuchtehen, da bei ihnen eine Nachzuchtpflicht z. B. aufgrund von Unfruchtbarkeit oder Erbkrankheit nicht bestehe) und in die Zuchtehen (die gewöhnlichen Ehen, die auch der Nachzuchtpflicht unterliegen). Diesen Ausführungen ist nichts mehr hinzuzufügen, die Terminologie spricht für sich.

Dehottay schließlich, sieht die Ehe auch unter militärischen Aspekten. [2] Zwei spezielle Aufgaben muß das deutsche Volk erfüllen, die Reinerhaltung des Volkes und die Wehrhaftmachung dieses Volkes. Unter Wehrhaftmachung versteht er nun nicht nur die Waffenfähigkeit oder Bewaffnung, sondern auch die "kulturelle Wehrfähigkeit". Dazu zählt er die Aufgabe, dem Volke Kinder zu schenken. Dadurch werde die Ehe, die im Nationalsozialismus eine Einrichtung mit ganz festen Zielen sei, zur öffentlichen Einrichtung, [3] denn nur diese Ehe kann den Anspruch erheben, vom Staat geschützt zu werden.

---

1) Neupert, Diss., S. 44 ff
2) Dehottay, Diss., S. 18 ff
3) Dehottay, aaO S. 19

Wieacker untersucht die neue Eheauffassung des Nationalsozialismus in ihrem Verhältnis zu bisherigen und konfessionellen Eheauffassungen: [1] Danach hat die Ehe im neuen Recht einen Dienstcharakter in einem höheren Ordnungsgefüge, sie ist keine Zweckverbindung für individuelle Interessen und auch nicht eine in eine überweltlich gestiftete und in eine jenseitige Ordnung eingebettete sakramentale Gemeinschaft, sondern sie ist der kleinste und wesentlichste Baustein der leiblichen und geistigen Volkswirklichkeit. Ausdrücklich betont er, daß es im neuen Recht keine "willkürliche Bestimmung" der Ehepartner mehr gebe. [2]

b) Bevölkerungspolitische Ziele und Rassenhygiene

Oberster Grundsatz war die rassenpolitische Zielverfolgung des Nationalsozialismus: Sinn und Zweck der Ehe war es, zur Erhaltung des Volkes rassereinen Nachwuchs zu zeugen. Da

"sich der Nationalsozialismus auch mit aller Entschiedenheit gegen eine individualistische Eheauffassung, die das bloße Belieben des einzelnen für den Fortbestand der Ehe maßgebend sein läßt" 3)

wandte, wurde die Ehe nicht mehr als Privatangelegenheit der gerade Beteiligten angesehen, sondern galt nun als Aufgabe im Dienste der Erhaltung der rassischen und kulturellen Kräfte des Volkes. Das Wesen der Ehe war jetzt die verpflichtende Lebensgemeinschaft. [4]

"Die deutsche Ehe ist die Kraftquelle des deutschen Volkes", wobei es gleich wichtig ist, die Schließung völkisch unerwünschter Ehen zu verhindern, wie auch die Lösung solcher Ehen zu ermög-

---

1) Wieacker, DR 1937, 178 ff
2) Ebenso Rexroth, JW 1938, 2080 ff
3) Siebert, Handbuch S. 965
4) Larenz, DR 1937, 184; v. Scanzoni, DR 1940, 753; Dierich, Diss., S. 37 ff

lichen. [1] Die Ehe hatte den Schutz und die Förderung der durch Blut und Boden gebildeten Rasseeinheit in der Volksgemeinschaft, deshalb waren nur solche Ehen "wertvoller Volksgenossen" zu schützen und zu fördern. [2] Die Zeugung von Kindern war "Pflicht gegenüber dem echten Sippen- und dem Gemeinschaftsgedanken". [3]

Für Arlt, [4] war der Nationalsozialismus die Rettung Deutschlands vor dem Untergang. Nur seine rassehygienischen Maßnahmen konnten das Volk noch retten:

"Der Nationalsozialismus sieht die Rassenpflege und Gesunderhaltung unseres Volkes als wichtigste Aufgabe der Gegenwart an, weil er erkannt hat, daß das Schicksal Deutschlands in den kommenden Generationen beschlossen liegt." 5)

Um den Untergang des Volkes aufzuhalten, mußte den Hauptwurzeln des Geburtenrückgangs entgegengewirkt werden. Neben der Arbeitslosigkeit und Wohnungsnot nennt er aber auch: Frauenberuf, Frauenstudium, Junggesellentum und Bildungswahn. [6]

Zechnall zieht eine Reihe von Schlußfolgerungen aus dem Wesen der Ehe: [7] Die Nürnberger Gesetze gäben der Ehe ihr wahres Wesen und Recht, denn die Ehe verschiedener Rasseangehöriger könne nur Kinder zwiespältigen Charakters hervorbringen, denen die wahre Lebenskraft fehle. [8] Aus dem Wesen ergebe sich, daß die Gatten gesund sein müssen, [9] daß sie die nötige körper-

---

1) Lauterbach, ZAkDR 1938, 728; ein extremes Beispiel der Auseinandersetzung mit dem "Judenblut" in diesem Zusammenhang zeigt die Dissertation von Rossa, S. 24 ff
2) Vgl. die Aufzählung der Erfordernisse im bevölkerungspolitischen Sinne zur Gewährung eines Ehestandsdarlehens bei Wetzel, aaO S. 7
3) Zitat bei Lange, Handbuch S. 931 ff (935)
4) Arlt, Diss., S. 87 ff
5) Ebenso Geiß, Hildegard, Diss., S. 78 ff
6) Arlt, aaO S. 88
7) Zechnall, aaO S. 76 ff
8) Zechnall, aaO S. 77
9) Zechnall, aaO

liche und geistige Reife besitzen, [1] ihre staatsbürgerlichen Pflichten erfüllt haben (Gemeinschaftsgedanke), insbesondere der Mann seine Arbeits- und Wehrpflicht. Schließlich sei die Zeugung von Kindern Pflicht der Ehegatten, aber auch "Ausfluß ihres Lebensgefühls". [2]

c) Das Verhältnis der Geschlechter zueinander, die Frage der Gleichberechtigung

Im vorangegangenen Kapitel ist angeführt worden, welche Anstrengungen in den vergangenen 30 Jahren gemacht worden waren, um die Frau aus ihrer unterdrückten Stellung in der Gesellschaft herauszuholen und zu einer wirklichen Gleichberechtigung der Geschlechter zu gelangen. Diese Entwicklung hatte um die dreißiger Jahre eine Stagnation erfahren und wurde im Nationalsozialismus völlig angehalten, es trat sogar eine Rückentwicklung ein.

In erster Linie wollten die neuen Machthaber den Männern Arbeit verschaffen. Die Frauen sollten - entsprechend den Ansichten des Führers - wieder ihren traditionellen Platz im Hause (Küche, Kinder) einnehmen. Entsprechende familienideologische Aktionen wurden durchgeführt und noch 1933 erschien ein Gesetz zur Förderung der Eheschließung, daß die Frau zurück zu ihrer "ureigensten Bestimmung als deutsche Mutter, als Gebärerin von zukünftigen Rekruten" führen sollte. [3] Auch hierzu waren wieder Äußerungen Hitlers richtungsweisend für die neuere Literatur:

"Wenn man sagt, die Welt des Mannes ist der Staat, die Welt des Mannes ist sein Ringen, die Einsatzbereitschaft für die Gemeinschaft, so könnte man vielleicht sagen, daß die Welt der Frau

1) Zechnall, aaO S. 79
2) Zechnall, aaO S. 80
3) Zit. nach: So ist es geworden S. 36 f

eine kleinere sei. Denn ihre Welt ist ihr Mann, ihre Familie, ihre Kinder und ihr Haus. Wo wäre aber die größere Welt, wenn niemand die kleine Welt betreuen wollte?" 1)

Einen völligen Rückfall in vergangene Zeiten stellen die Ansichten Triebels dar: 2)

"Kaum eine Ehefrau kümmert sich um die ihr vom Gesetz eingeräumten Rechte. Sie tut, was Jahrhunderte Frauen vor ihr getan haben und nach ihr tun werden, weil es ihre Weiblichkeit so will."

Nach der nationalsozialistischen Eheauffassung sei allein das Wohl der Familie Maßstab und Umfang der Selbständigkeit der Frau.

"Die Ehefrau muß wegen des größeren Zieles und der ursprünglichen Aufgabe aus dem außerhäuslichen Erwerbsleben ausscheiden." 3)

Kleinewerfers 4) stellt in ihren Ausführungen zuerst klar, daß es mit der nationalsozialistischen Rechtsanschauung unvereinbar wäre, wenn die Frau vom Manne abhängig sei. In ihren weiteren Erläuterungen der nationalsozialistischen Ehe betont sie auch den Gemeinschaftsgedanken, wonach Mann und Frau zur Erfüllung der ihnen gestellten Aufgaben wie Genossen zusammenwirken, 5) und kommt endlich in der konkreten Ausgestaltung zu einer Dominanz des Ehemannes in der Ehe. Ihrer Ansicht nach muß sich das Führerprinzip auch in der ehelichen Lebensgemeinschaft niederschlagen, so daß die führende Stellung nur dem Ehemann zukommen kann. 6) Dabei setzt sie sich auch mit den Argumenten Marianne Webers zum § 1354 auseinander. Diese greifen aber im Nationalsozialismus alle nicht durch, denn die Frau unterstehe zwar dem

---

1) Hitler, zit. nach Triebel, aaO S. 65
2) Triebel, aaO S. 61 ff
3) Triebel, aaO S. 62
4) Kleinewerfers, Anneliese, Diss., S. 26 ff
5) Kleinewerfers, aaO S. 27
6) Kleinewerfers, aaO S. 28. Hierbei ist für sie - ähnlich wie für Planck bei den Vorarbeiten zum § 1354 BGB - die einheitliche Willensbildung in einer Zweiergemeinschaft von wesentlicher Bedeutung.

Entscheidungsrecht des Mannes, da sie aber die Rolle einer verantwortlichen Beraterin des Mannes innehat, ihm an ihrer gut durchdachten Meinung gelegen ist, kann eine Unterdrückung der Frau nicht gegeben sein.

Jung schreibt in diesem Sinne in seinem 1927 erschienenen - heute kaum noch faßbaren - Werk "Die Herrschaft der Minderwertigen":

"Ihre (der Frau) vermeintliche Hörigkeit ist nichts als Gehorsam gegenüber der naturgesetzlichen Notwendigkeit 1) ... Die Tatsache der Virginität, der Menstruation und der Empfängnis unterscheiden die Frau ewig und ursprünglich vom Manne. Der Verstand, der darüber hinwegklügeln möchte, ist jeglichen Ursprungs bar." 2)

Hier werden die unleugbaren biologischen Unterschiede genutzt, um das völkische Eheideal zu begründen und die Frau wieder zu ihrer überkommenen Stellung in der Ehe zurückzuführen.

Obwohl 1938 geschrieben und auf nationalsozialistischem Gedankengut begründet, klingen die folgenden Worte von Bommert wie eine Aussage aus dem Kaiserreich oder der Weimarer Republik. Zum Entscheidungsrecht in der Ehe:

"Ist aber eine Einigung nicht zu erzielen, dann soll der Mann, der nach alter "deutscher und christlicher Auffassung" als Haupt der Ehe anzusehen sei, ein Entscheidungsrecht in den gemeinschaftlichen ehelichen Angelegenheiten ausüben." 3)

Interessant ist, daß sich bei der Reformdiskussion zum Ehegesetz 38 auch in diesem Punkte die Geister schieden; die Entscheidungsfrage in der Ehe ist trotz der nationalsozialistischen Gleichschaltung und Indoktrination so brisant, daß es auch in dieser Zeit sich widersprechende Ansichten gibt. Schmelzeisen sieht den Mann

---

1) Jung, E. J., Herrschaft S. 190 (?), zit. nach Triebel, aaO S. 61
2) Jung, aaO S. 191 (?), zit. nach Triebel, aaO
3) Bommert, Lieselotte, aaO S. 29. Dabei bezieht sie sich auch auf Planck.

als den Führer im altdeutschen Sinne an, [1] Haff und Webler halten auch weiter an dem Grundsatz fest, daß der Mann das "Haupt" der Gemeinschaft sei. [2] Dagegen vertreten Frauen selbst in dieser Zeit, in der vom Staat der Mann als der Starke, als der Führer in den Vordergrund gestellt wird, in der die Frauen wieder in ihre alte Hausfrauenrolle zurückgedrängt werden, weiterhin eine verbesserte Rechtsstellung der Frau in Richtung der Entwicklung der vergangenen Jahrzehnte. Sie argumentieren jetzt mit der hohen Stellung, die der Frau von dem Nationalsozialismus als der Trägerin des neuen Geschlechts und als Hüterin der jungen Generation gegeben wird. [3] Eine etwas andere Stellung bezieht dazu Lieselotte Bommert. Auf der einen Seite ist sie für den Mann als Haupt der Familie im althergebrachten Sinn, zumal ein eindeutiges Ergebnis der Frage nach dem Entscheidungsrecht nur zu erreichen sei, wenn die natürliche Wesensverschiedenheit von Mann und Frau beachtet werde.

"Mann und Frau sind ihrem Wesen nach nicht gleich. Der Mann ist dem Sachlichen zugewandt; im Mittelpunkt seines Lebens steht sein Dienst am Werk, an der Gemeinschaft, sein Schaffen ist überpersönlich. Die Frau knüpft die Bande von Mensch zu Mensch, sie wirkt im Persönlichen und findet nur hier Erfüllung." 4)

Andererseits, obwohl sie selbst die Frau wieder in ihre althergebrachte Rolle zurückdrängt, lehnt sie den u. a. von ihrer Kollegin Anneliese Kleinewerfers vertretenen Gedanken des Führerprinzips in der Ehe ab: Dadurch würde man die Ehe als der kleinsten Gemeinschaft aus gleichwertigen Mitgliedern ihrer tiefsten Einheit berauben. [5] Soll der Mann zwar einerseits das Haupt der

---

1) Schmelzeisen, "Das Recht im ns Weltbild", 1934, S. 52, zit. nach Bommert, aaO S. 48
2) Haff, zit. nach Bommert; Webler, DR 1935, 89 ff
3) Eban-Servaes, DR 1935, 91 f; Rogge-Börner, Germanische Geschlechtereinheit S. 12 ff, zit. nach Bommert, aaO
4) Bommert, aaO
5) Bommert, aaO S. 49

Familie sein, so sollen andererseits Mann und Frau völlig gleichwertig sein, so daß eine einheitliche Willensbildung nicht einseitig erfolgen kann, sondern nur "durch die vollständige gegenseitige Durchdringung der einzelnen Willen bis zur Einigung". [1] Auch hier zeigt sich wieder die für den Nationalsozialismus so bezeichnende nebulöse, romantische und unrealistische Verarbeitung einer Materie, die vielfach der klaren Linie entbehrt.

Die enge Verknüpfung von Politik und Macht auf der einen Seite und dem Recht auf der anderen, die so charakteristisch für den Nationalsozialismus ist, zeigt auch die weitere Entwicklung dieses Gebietes in der Wirklichkeit. 1937 war die Zahl der studierenden Frauen um fast zwei Drittel zurückgegangen, andererseits sind die Aufgaben der Aufrüstung so dringlich, daß alle familienideologischen Ansichten zurückstehen müssen, das Gesetz über die Frauenarbeit wird gelockert. 1939 wird der Arbeitsdienst auch Pflicht für Mädchen. 1944 arbeiten (kriegsbedingt) 8, 5 Millionen Frauen mehr als 1938. [2]

Fazit: Genauso wie in den Zeiten vor und nach dem Nationalsozialismus wurden in diesen Jahren große Worte um die Stellung der Frau in der Gesellschaft verloren, die tatsächliche Situation aber nicht verbessert, sondern sogar verschlechtert. Im Augenblick der Notzeiten werden Frauen jeder erdenklichen Belastung ausgesetzt und müssen enormes leisten. In diesem Falle sind dann sämtliche ideologischen Aussagen - vorübergehend - verstummt. Hierin unterscheidet sich die nationalsozialistische Entwicklung nicht von anderen Zeitströmungen.

---

1) Bommert, aaO
2) Aus "So ist es geworden" S. 37

d) Neue Motive im ehelichen Anfechtungsrecht

In den vorangegangenen Kapiteln über die Entwicklung im Kaiserreich und in der Weimarer Republik war festgestellt worden, daß sowohl von der Rechtsprechung als auch von der Literatur die konfessionsneutrale Einstellung des BGB gewahrt worden war. Die Konfessionszugehörigkeit war weder ein Anfechtungsgrund noch ein Scheidungsgrund. Dies sollte sich unter dem Nationalsozialismus grundlegend verändern.

Sofort nach der Machtübernahme wurde das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums wirksam, dessen Aufgabe es war, alle nichtarischen oder unerwünschten Personen aus dem Dienst zu entfernen, sowie den Beamtenstand durch Nationalsozialisten zu kontrollieren. Durch dieses Gesetz wurde der Bevölkerung im weitesten Maße die Auffassung der Bewegung zur Fremdrassigkeit bekanntgemacht. [1)]

Unmittelbar nach dieser heftigen Umstrukturierung geriet das eheliche Anfechtungsrecht des § 1333 BGB in den Brennpunkt der rechtswissenschaftlichen Diskussion. Da die Bekämpfung der Juden im Deutschen Reich nun eine Sache jedes einzelnen Volksgenossen geworden war, entstand die Frage nach der Auflösung der zahlreichen Mischehen zwischen Nichtjuden und Juden. An der in den Jahren 1933 bis 1936 dazu veröffentlichten Literatur läßt sich genau erkennen, wie eine neue Herrschaftsordnung ihre Rechtsordnung mit dem bestehenden Recht in "Einklang" bringen kann.

Vorab war die Frage zu klären, ob und mit welcher Begründung die Konfessionszugehörigkeit nunmehr im Gegensatz zu der bisher absolut herrschenden Meinung zum Anfechtungsgrund erklärt werden könne. Dabei war die Diskrepanz zwischen Konfes-

1) Schäfer, JW 1936, 165 f

sions- und Rassenzugehörigkeit zu lösen. Da die "nationale Revolution" die allgemeine Erleuchtung für das Deutsche Volk gebracht hatte, bereitete dies keine weiteren Probleme: Bis 1933 handelte es sich nur um eine Konfessionsfrage. Nunmehr jedoch, durch die Aufklärungsarbeit des Nationalsozialismus, habe man endlich allen Deutschen klargemacht, daß es sich "in Wirklichkeit" um eine (ständig verkannte) Rassenzugehörigkeit handele. [1)]

Ein argumentatorisches Bravourstück leistete sich dabei Matzke zu der Frage, ob die Zugehörigkeit zum Judentum persönliche Eigenschaft sein könne: [2)]

"Es ist ... völlig unerheblich, ob das Nichtariertum des Anfechtungsgegners ... als eine persönliche Eigenschaft oder als ein persönliches Verhältnis angesehen werden kann. Nach allgemeiner Lebensauffassung wird es einer persönlichen Eigenschaft gleich erachtet, weil die Persönlichkeit des Nichtariers unlösbar mit ihm verbunden ist."

Im übrigen brauche die Frage, ob die Konfessionszugehörigkeit einen Anfechtungsgrund bilden könne, nicht beantwortet zu werden, der Nationalsozialismus mißbillige die Ehe zwischen Juden und Deutschen, "darüber ist kein Wort mehr zu verlieren". [3)]

---

1) Nach Schumacher, DJZ 1933, 1492 f (1493) war die Konfession nie persönliche Eigenschaft gewesen, nun sei aber diese h. M. überholt, so daß die (jetzt) rassische Zugehörigkeit eine wesentliche persönliche Eigenschaft sei. Einfacher machte es sich Stoll, DJZ 1934, 561 ff: Er geht einfach davon aus, daß es sich schon immer um eine Frage der Rassenzugehörigkeit gehandelt habe und diese fiel stets unter die persönlichen Eigenschaften des § 1333 (S. 562 f). Dies deshalb, weil auf das "Wissen um das Blut abzustellen ist", nicht auf die Konfession, S. 565 Rdn. 10

2) Matzke, JW 1934, 2592 ff

3) Stoll, aaO S. 561 Rdn. 1; Schumacher, aaO; Wöhrmann, JW 1933, 2041; Jung, JW 1933, 2367 f; Fraeb, DRZ 1934, 267 ff; Schneider, JW 1934, 868; Schäfer, JW 1936, 165 f; Grussendorf, Urteilsanmerkungen, DJ 1933, 818 f und DJ 1934, 134; Massfeller, DJ 1934, 395. Außerdem sei schon die rechtliche Schlechterstellung des jüdischen Ehepartners so gravierend, daß dies für den nichtjüdischen Ehepartner

Diese Frage bereitete der Rechtswissenschaft keinerlei Probleme. Diskutiert wurde eine ganz andere Frage: Man war sich nicht einig darüber, welche Mischehen nun dem Anfechtungsrecht unterliegen könnten. Einig war man sich sowohl darüber, daß es kein Anfechtungsrecht de lege lata aus dem Rassebewußtsein des deutschen Volkes gab, [1] als auch darüber, daß sog. "Neuehen" (Mischehen, die erst 1933 oder später geschlossen wurden) durch die Irrtumsanfechtung gem. § 1333 zu lösen waren. Erst bei den sog. "Altehen" (Mischehen, die vor 1933 geschlossen worden waren) tauchten die eigentlichen Probleme in der Begründung auf. Unter die Irrtumsregelung wurden zwei Möglichkeiten eingeordnet, und zwar die Unkenntnis vom Nichtariertum des Ehegatten als auch die Fälle, in denen der Ehepartner gewußt hatte, daß er einen Juden heiratet, sich aber über die Bedeutung dieser Eigenschaft nicht im klaren war.

Das Problem wurde erst dadurch geschaffen, daß man jetzt die Ansicht vertrat, nach 1933 habe die Tatsache eines nichtarischen Ehegatten eine neue Bedeutung erhalten, erst jetzt wisse der nichtjüdische Ehegatte, wie negativ ein solcher zu bewerten sei. Hierzu lassen sich in der Diskussion zwei Meinungen feststellen.

Nach einer Ansicht spielte die neue Bedeutung der Rassenzugehörigkeit eine ganz entscheidende Rolle, so daß auch Altehen dem Anfechtungsrecht unterlagen. [2] Damit entstand aber zugleich ein neues Problem, das wiederum Anlaß zur Diskussion gab: Gem. § 1339 konnte die Anfechtung nur binnen sechs Monaten nach

---

ein Grund zur Auflösung sein müsse! Schumacher, aaO S. 1493. Für Wöhrmann, aaO, sei "der schwere Fehler" der durch die Ehe mit einem Juden begangen worden ist, unbedingt zu korrigieren.

1) Freisler, DJ 1933, 694; 1934, 1333

2) Wöhrmann, Fraeb, Schneider, Schäfer, Matzke jeweils aaO

Entdeckung des Irrtums erhoben werden, d. h. es entstand die Frage nach dem entscheidenden Zeitpunkt, in dem die "richtige" Bedeutung der Rassenzugehörigkeit erkannt werden mußte, damit der Irrtum entdeckt war. Da man herkömmlicherweise bezüglich des Irrtums immer auf den Zeitpunkt der Eheschließung abstellte, scheiterte bei den Altehen das Anfechtungsbegehren regelmäßig, da die sechs Monate im Jahre 1933 längst verstrichen waren, wenn der nichtarische Ehegatte nunmehr die "richtige" Bedeutung der Rassenzugehörigkeit erkannt hatte und somit auch seinen Irrtum. [1] Diese Lösung aber war einigen nationalsozialistischen Juristen nicht angenehm, denn man wollte schließlich zur Lösung der rassisch unerwünschten Mischehen zum Anfechtungsrecht gelangen. Somit versuchte man sich durch die Erklärung zu helfen, der Irrtum sei erst dann zu erkennen gewesen, wenn die Bedeutung der Rassenzugehörigkeit richtig erkannt worden sei; dies sei aber erst nach der Machtübernahme möglich geworden, da leider doch große Bevölkerungsteile in den Jahren davor dies alles noch nicht richtig erkannt hätten. [2] [3] Fraeb [4] und Schneider [5] argumentieren hilfreich, daß der Anfechtungsberechtigte aus einer Mischehe solange an der Rechtsverfolgung verhindert war (§§ 203, 1339 III), als keine Aussicht bestand, daß die Gerichte eine Klage, die sich auf die Bedeutung der Rasse stützt, stattgegeben hätten.

---

1) So Schumacher, aaO S. 1493; Jung, aaO S. 2368; Stoll, aaO S. 565 f
2) So Wöhrmann, aaO; Fraeb, aaO; Schneider, aaO
3) Nur Stoll war der Ansicht, daß man sehr wohl schon vor 1933 die Bedeutung der Rassenzugehörigkeit erkannt habe: "Man war sich der körperlichen wie geistigen Verschiedenheit wohl bewußt, aber man legte ihr keine Bedeutung bei", aaO S. 565 Rdn. 10
4) Fraeb, aaO S. 269
5) Schneider, aaO S. 869

"Es wäre widersinnig, von einem Erlöschen des Anfechtungsrechts zu sprechen, solange noch keine Rechtsprechung vorliegt, die diesen Anfechtungsgrund anerkennt." 1)

Als Stichtag für die Kenntnis und damit für den Beginn der sechsmonatigen Frist setzte das Reichsgericht den 15. 4. 1933 fest. 2) Aber auch dies erschien nicht ausreichend, um möglichst viele alte Mischehen auflösen zu können, so daß Schäfer 3) den Vorschlag machte, den Stichtag auf den 20. November 1935 festzulegen; der Erlaß des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums wäre leider auch nicht zur genügenden Aufklärung ausreichend gewesen und es habe noch weiterer Aufklärungskampagnen und Verordnungen bedurft, bis man diesen Stichtag festlegen könne. 4)

Nach der Gegenmeinung konnte es für das Anfechtungsrecht keine Rolle spielen, daß man nach der Machtergreifung der Rassenzugehörigkeit eine neue Bedeutung beimaß. Obwohl auch diese Ansicht auf dem Boden der nationalsozialistischen Anschauung stand, daß Mischehen zu mißbilligen seien, hielt sie sich strenger an das Gesetz und gab unumwunden zu, daß bei einer Auslegung im Sinne der bisherigen herrschenden Handhabung des Gesetzes, Altehen kaum anfechtbar wären.

"Entscheidend dafür, ob die jüdische Rasse des anderen Gatten den irrenden Teil von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würde, ist aber die Berücksichtigung nicht der heutigen, sondern der z. Z. der Eheschließung obwaltenden Verhältnisse, sowie der persönlichen Denk- und Empfindungsweise des irrenden Ehegatten zu jener Zeit. Es geht also, falls der Irrende vor einem Jahrzehnt geheiratet hat, nicht an, die Betrachtungsweise unserer Tage auf die Zeit vor 10 Jahren anzuwenden. Vielmehr ist

---

1) Schneider, aaO. Dabei erklärt er Mitte 1934 ohne nähere Begründung, die Anfechtungsfrist als noch nicht verstrichen.
2) JW 1934, 2615, also eine Woche nach Erlaß des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums.
3) Schäfer, aaO S. 166
4) Dazu Auert, Eheauflösung S. 42 ff

die damalige Auffassung zugrunde zu legen und zu prüfen, welches Verhalten der Anfechtende damals bei Erkenntnis seines Irrtums beobachtet haben würde ... Die Erwägung, ob die rassische Verschiedenheit der Juden vom Arier erst in letzter Zeit dem Volke zum vollen Bewußtsein gekommen und ob früher mehr an den religiösen Unterschied gedacht ist, mag dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn sie richtig ist, kommt der anders gewordenen Einstellung des Volkes zur Arierfrage für die älteren jüdisch-arischen Ehen keine Bedeutung bei, weil maßgebend die Einstellung z. Z. der Eheschließung ist. Eine Lösung der älteren jüdisch-arischen Ehen nur aus dem Gesichtspunkt der Rassenverschiedenheit ist daher nach deutschem Recht der Gegenwart nicht möglich." 1)

Zutreffend sagte Stoll dazu: 2)

"Wer die jüdische Abstammung seines Ehepartners kennt, weiß um das Vorhandensein der fremden Rassezugehörigkeit und damit um die persönliche Eigenschaft. Wenn ihm auf Grund unklarer Vorstellungen die Bedeutung der fremden Rasse erst später klar wird, so befand er sich nicht in einem Irrtum über die Rassezugehörigkeit, sondern nur in einer falschen Vorstellung über die Bedeutung der Rassenverschiedenheit ... Wie in der Rechtsprechung und im Schrifttum mit Recht betont wurde, muß die Erheblichkeit vom Standpunkt z. Z. der Eheschließung aus geprüft werden. Die damaligen Verhältnisse wie die persönliche Anschauungs- und Denkweise dieser Zeit sind daher maßgebend. Diese Auslegung des § 1333 folgt aus seinem Zweck. Er soll nicht eine unerträglich gewordene Ehe lösen, sondern von einer Ehe befreien, die schon bei ihrer Eingehung mangelhaft war."

Da dieses Ergebnis für die nationalsozialistische Rechtsanschauung unbefriedigend war, bietet Stoll eine für diese Zeit typische Lösung an: 3) Völlig inkonsequent von seinem Standpunkt abweichend, um ein politisch gewünschtes Ziel zu erreichen, soll es doch Ausnahmefälle geben,

"... geht es doch zu weit, allgemein die Anfechtungsmöglichkeit zu bestreiten; es kommt vielmehr, soweit dem Anfechtenden die Rassezugehörigkeit unbekannt war, auf die Umstände des Einzelfalles an. Die besonderen Anschauungen der Gesellschaftsschicht

---

1) Schumacher, aaO S. 1493; "nicht völlig sicher" ist sich Jung, aaO, aber wohl ebenfalls wie Schumacher
2) Stoll, aaO S. 564 f
3) Stoll, aaO S. 566

oder der weltanschaulichen Kreise, denen der deutschstämmige Ehegatte angehörte, können zu einem anderen Ergebnis führen; man denke z. B. an bäuerliche Familien, Landadel, Angehörige eines Corps, antisemitische Kreise und in den letzten Jahren an Angehörige der nationalsozialistischen Bewegung." 1)

> Eine Diktatur, wie das Dritte Reich, ist nicht allein durch Gewalt aufzubauen; sie bedarf der Juristen, die zu begründen verstehen, daß die Gewalt legal und der Unrechtsstaat ein Rechtsstaat sei.
>
> Ilse Staff

> Sie (die Richter) müssen sich da reinfügen, der Diktatur als Zielscheibe zu dienen oder ihre Mitschuldigen zu werden.
>
> H. Taine

VI. Zur persönlichen Situation des Richters in der nationalsozialistischen Zeit und zum vierten Senat des Reichsgerichts

1. Zur Situation des Richters

Bereits bei der Behandlung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung nach dem 1. Weltkrieg erschien es nicht fehl am Platz zu sein, auf die spezielle Situation einer Richterschaft nach einem

---

1) Von den Vertretern der ablehnenden Meinung wurden verschiedene Möglichkeiten und Gesetzesvorschläge zur Auflösung von Mischehen gemacht, dazu Jung, aaO S. 2368; Stoll, aaO S. 567 ff; Schumacher, aaO S. 1493 f

Weltkrieg hinzuweisen und zur Vorsicht bei der Beurteilung zu mahnen.

Will man nun die Rechtsprechung während der tragischen Zeit des Nationalsozialismus behandeln, so scheint es sogar erforderlich zu sein, auf die Situation des Richters hinzuweisen. Sowohl die Zeit der Weimarer Republik mit ihren Nachkriegsschwierigkeiten, als auch die Zeit des Nationalsozialismus sind keine Zeiträume, die mit gewöhnlichen (?) Maßstäben zu messen sind. Zu einfach würde man es sich machen, wenn man die Rechtsprechung als unterwürfiges Werkzeug einer totalitären Regierung abklassifizieren würde oder - umgekehrt - die Behauptung aufstellen würde, die Richter hätten im Nationalsozialismus alles getan, um das Schlimmste zu verhüten. Hier ist eine vorsichtige Untersuchung und ein differenziertes Abwägen vonnöten. [1] [2]

Es fehlt noch immer an detaillierten und differenzierten Untersuchungen zur Situation und Struktur der Rechtsprechung und der Richter im Nationalsozialismus. [3] Die bereits dazu vorhandene Literatur bietet allerdings auch schon ein kaum noch zu übersehendes Quellenmaterial. [4]

---

1) Grunsky, Gesetzesauslegung S. 159 f, nach dessen Ansicht Licht und Schatten wohl "einigermaßen" gleichmäßig verteilt sind.

2) Weinkauff dazu, Deutsche Justiz S. 179: "So sind z. B. die kollektiven Verdammungsurteile über die Träger des Rechtsstandes und besonders über die Richter wegen ihrer Haltung unter dem Nationalsozialismus allmählich so billig wie Brombeeren und eine Art von Mode geworden, die denjenigen, die sie fällen, die Gloriole des Kämpfers für das Recht verleihen sollen. Aber es sind eben Kollektivurteile und sie kümmern sich in aller Regel wenig oder gar nicht darum, zunächst einmal die Tatbestände objektiv festzustellen, an denen sich ihre Kritik entzündet, oder gar sich die allgemeinen Verhältnisse klarzumachen, unter denen damals der Rechtsstand zu arbeiten hatte."

3) Rasehorn, Richterbriefe S. 48

4) Dazu sind - obwohl sehr unterschiedlich im Ansatz - vor allem zu nennen: Steinlechner, Weinkauff, Johe, Staff, Schorn,

Es soll hier dennoch ein kurzer Blick auf die Situation von damals geworfen werden, um wenigstens die Atmosphäre anzudeuten, in der sich der damalige Richter befand. Eine davon losgelöste Betrachtung der Rechtsprechung würde den geschehenen Vorgängen nicht gerecht werden.

Grundsätzlich muß man sich die Auffassung des Nationalsozialismus von der Rolle des Richters vergegenwärtigen: Der nationalsozialistische Staat lehnte das Prinzip der Gewaltenteilung ab und verlangte (wie der absolutistische Staat) eine Vereinigung der Gewalten in einer Hand; diese Konzentration der Gewalt stellte die Person des Führers dar. [1)]

Gewünscht wurde von den nationalsozialistischen Machthabern zur Verwirklichung ihrer Ziele der politische Richter, d. h. der Richter, der im Sinne des Nationalsozialismus die Gesetze so auslegte und entsprechend entschied. Dazu Carl Schmitt: [2)]

"Das gesamte heutige deutsche Recht ... muß ausschließlich und allein vom Geist des Nationalsozialismus beherrscht sein ... Jede Auslegung muß eine Auslegung im nationalsozialistischen Sinne sein."

Demzufolge waren auch die Gesetze der Zeit gehäuft mit Generalklauseln und dehnbaren Tatbestandsfassungen. Dazu wieder Carl Schmitt: [3)]

"Alle unbestimmten Begriffe, alle sog. Generalklauseln sind unbedingt und vorbehaltlos im nationalsozialistischen Sinne anzuwenden."

Der Richter mußte so einen Teil der Befugnis und Verantwortung des Gesetzgebers übernehmen und wurde zu einem Mittel der

---

Kolbe, Kaul. Lorenzen, Wagner, A., Boberach, Stolleis, Thoss

1) Am 13.7.1934 bezeichnete sich Hitler selbst als "des deutschen Volkes oberster Gerichtsherr" in seiner rechtfertigenden Reichstagsrede nach der Ermordung der Röhm-Clique; dazu auch A. Wagner, NS-Staat S. 205 ff

2) JW 1934, 713 (717)

3) JW aaO

Volksführung. [1] Nach Freisler darf der Richter nichts anderes wollen [2]

"als innerhalb seiner Funktion den von der politischen Führung und sonstwie herausgestellten politischen ferneren oder näheren Gesamt- oder Teilzielen näherzukommen sehen."

In diesem Sinne sagte Göring am 12. 7. 1934 vor preußischen Staatsanwälten: [3]

"Das Gesetz und der Wille des Führers sind eins."

Es ist wohl davon auszugehen, daß sich vor der Machtübernahme Hitlers nur wenige Anhänger seiner Partei in den Reihen der Justiz befanden. [4] Aus diesem Grund wurde die Richterschaft auch sofort nach 1933 scharf von der nationalsozialistischen Presse angegriffen und war auch aktiven Pressionen ausgesetzt. [5] Dabei ist es wichtig zu beachten, daß mit der Machtübernahme die Justizmaschinerie mit dem alten Richterstand weiterlief. Daran änderte auch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums nichts, die Mehrzahl der Richter blieb im Amte, es waren also die gleichen Richter, die auch schon in der Weimarer Republik Recht gesprochen haben. Nach Rasehorn, [6] der sich auf die Arbeit von Weinkauff stützt, bleiben 95 % der Richter während der nationalsozialistischen Zeit im Amt, 95 % der Urteile sei nicht anzusehen, ob sie vor 1933, während 1933 und 1945 oder nach 1945 verkündet worden sind. Eine totale Ablösung der Richterschaft war natürlich nicht möglich, auch die "Umschulung" scheiterte an naturgegebenen Grenzen und der erzwungene Eintritt in die Partei konnte auch keine sofortige Solidarisierung mit den

---

1) Daut, Diss., S. 12
2) Freisler, NS-Recht S. 93
3) Zit. bei Shirer, Aufstieg und Fall des 3. Reiches, Bd. I S. 301
4) Wagner, A., Der Richter S. 76; Weinkauff, aaO S. 107 f
5) Wagner, aaO, dazu auch Kolbe, Reichsgerichtspräsident Bumke S. 225, 230, 266
6) Rasehorn, aaO S. 486

Ideen des Nationalsozialismus bringen. Man kann wohl zweierlei feststellen: Die Richter alter Schule haben sich zum allergrößten Teil im Sinne des Nationalsozialismus nicht bewährt und sich ihm nicht - zumindest im gewünschten Maße - angeschlossen. [1] Dies konnten sie wohl auch aufgrund ihres Herkommens, ihrer Erziehung und ihrer Ausbildung gar nicht, zu sehr waren sie vom überkommenen Selbstverständnis der Richterschaft geprägt. Dazu Rasehorn: [2]

"Die bürgerlichen Tugenden des Richters - die Hervorhebung von Autorität, Ehre, Sittlichkeit, Patriotismus - wie die beruflichen - eine positivistische Gesetzesunterworfenheit und eine unkritische, unpolitische Einstellung zur Gesellschaft - ... konnten auch in der NS-Zeit zum Ausdruck kommen, sie konnten gerade in dieser Zeit zum Ausdruck kommen."

Daraus resultiert aber auch gleichzeitig die zweite Feststellung: Die Richterschaft war dem nationalsozialistischen "Einbruch in das Recht" (Weinkauff) nicht gewachsen. Geprägt von ihrer unabhängigen Stellung, an rechtsstaatliches Denken und unbedingte Treue zum Gesetz erzogen, waren sie erfüllt von sachlicher, unparteiischer und pflichttreuer Aufgabenerfüllung unter dem bestehenden Rechtspositivismus. [3]

Schließlich muß auch noch eine dritte Feststellung gemacht werden: Die jungen Juristen, die erst während des Nationalsozialismus ihre Ämter antraten, hatten die gleiche juristische Ausbildung genossen wie ihre älteren Kollegen. Fazit: Auch sie waren in den - relativ - wenigen Jahren nicht zu absolut willfährigen Werkzeugen des Nationalsozialismus zu machen. [4]

Faßt man diese Feststellungen zusammen, so erscheint es verständlich, daß Hitler und seine führenden Gefolgsleute stän-

---

1) Schier, Justiz im Dritten Reich S. 20
2) Rasehorn, aaO S. 487
3) Weinkauff, aaO S. 37
4) Schier, aaO; Wagner, Volksgerichtshof S. 861 ff

dig in der Richterschaft einen zu mißtrauenden Unsicherheitsfaktor sahen.

Deshalb begann auch gleichzeitig mit der Machtübernahme ein psychischer Kampf gegen die Juristen, der sie dazu bewegen sollte, in ihrem Interesse mit der neuen Weltanschauung konform zu gehen. [1] Formal gesehen war die Möglichkeit zu Sanktionen gegen Richter gering, denn gem. § 171 I 3 des Deutschen Beamtengesetzes vom 26. 1. 1937 [2] konnte ein Richter nicht wegen "des sachlichen Inhalts einer in Ausübung der richterlichen Tätigkeit getroffenen Entscheidung" nach § 71 DBG in den Ruhestand versetzt werden. Wohl aber gab es die praktische Möglichkeit, Richter ohne Richterspruch in den Ruhestand zu versetzen, wenn politische oder rassische Gründe vorlagen oder wenn der Dienstvorgesetzte es für dienlich hielt. [3]

Das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit sollte zwar gewahrt bleiben, stellte sich aber nun so dar: [4]

"Die Richter des Reichsverwaltungsgerichts sind bei der Sachentscheidung keinen Weisungen unterworfen. Sie haben ihre Stimme nach ihrer freien, aus dem gesamten Sachstand geschöpften Überzeugung und nach der von der nationalsozialistischen Weltanschauung getragenen Rechtsauslegung abzugeben."

---

1) Dazu Daut, aaO; Kern, Lehrbuch S. 335 f; Wagner, aaO S. 76 f

2) RGBl I S. 39

3) A. A. Boberach, Richterbriefe S. XIII; §§ 71, 72, 75, 171 DBG; Zur Situation des Richters als Beamter, Steinlechner, Diss., S. 39

4) § 7 des "Erlaß des Führers über die Bildung des Reichsverwaltungsgerichts" vom 3.4.1941. Sehr anschaulich und detailliert die Schilderung der "Säuberung im personellen Bereich" bei Kolbe, aaO S. 221 ff. Für das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit setzten sich Frank, Freisler und Schlegelberger ein, dazu Radbruch, SJZ 1948, 59 f. Aber es war für sie selbstverständlich, daß es eingeschränkt war durch die "politische Führungsgebundenheit des Richtertums", so Freisler, Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken; dazu Daut, aaO S. 13 f

In zunehmendem Maße wurden Disziplinargerichte eingerichtet. Es bedarf keiner weiteren Erläuterungen, daß selbstverständlich alle Juden aus dem Richterdienst eliminiert wurden und auch alle jüdischen Anwälte ihre Zulassung verloren. [1)]

Auch wurden die Richter dazu gezwungen in den nationalsozialistischen Juristenbund einzutreten. [2)] Seit der Machtübernahme hatte ein bereits zur Zeit der Weimarer Republik begonnener Kampf und eine heftige Polemik gegen die Juristen begonnen, der eine ausgesprochene negative Meinung über den Juristenstand erzeugte. Hitlers Ansicht über die Juristen (daß ein Jurist "entweder von Natur aus defekt sein müsse oder es mit der Zeit werde" [3)]) ist aus den bekannten "Tischgesprächen" von Henry Picker bekannt.

Am 26. 4. 1942 wurde durch den Beschluß des Großdeutschen Reichstages Hitler ermächtigt "ohne an bestehende Rechtsvorschriften gebunden zu sein" einen Richter zu maßregeln oder aus dem Amt zu entfernen. [4)] Das war das Ende der unabhängigen dritten Gewalt.

Damit sollen die in diesem Rahmen nur so unbefriedigend kurzen Ausführungen zu diesem Problemkreis beendet werden. Einige Feststellungen sollen noch einmal verdeutlichen: "Den" Richter des Nationalsozialismus hat es nicht gegeben, ein einheitliches Bild "der" Richterschaft läßt sich wohl nicht zeichnen.

---

1) Broszat, Staat Hitlers S. 415 f; Schorn, aaO S. 44 ff, genaue Zahlenangaben bei Weinkauff, aaO. Zur Frage und "Lösung" des Problems "Das Judentum in der Rechtswissenschaft", die Äußerungen von Frank anläßlich einer Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer des Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes am 3./4. Oktober 1936 in Berlin in: Sinzheimer, Klassiker S. 9 ff
2) Shirer, aaO S. 302; Broszat, aaO
3) Picker, aaO
4) Zit. bei Daut, aaO S. 14

Es gab wohl alle Arten von Richtern. Einige, wenige, die aus Gewissensgründen aus dem Dienst ausschieden, beginnen das eine Ende eines breiten Spektrums, das andere Ende erfaßt Fanatiker vom Schlage eines Freisler oder Thierack. Dazwischen liegen zahlreiche Formen des Richters im Nationalsozialismus. [1] Es gab Richter, die sich bedingungslos den nationalsozialistischen Zielen unterwarfen; sehr zu beachten ist aber auch, daß es zahlreiche Richter gegeben hat, die die Möglichkeit erkannt hatten, im Stillen gegen den herrschenden Terror anzukämpfen und im Rahmen ihrer Möglichkeiten, sachgerechtere Urteile zu verkünden. [2] Verständlich jedoch, daß auch diese Haltung im Laufe der Zeit und des ständig zunehmenden "totalen Staates" nicht dauerhaften Widerstand leisten konnte und sich dem Nationalsozialismus in immer stärkerem Maße preisgab.

Zum Schluß soll ein Ausschnitt aus einer Rede des ehemaligen Präsidenten des BGH und früheren Reichsgerichtsrats Weinkauff wiedergegeben werden, die er zum Gedenken an den 75 jährigen Gründungstag des Reichsgerichts am 2. 10. 1954 gehalten hat: [3]

"Daß dann der Nationalsozialismus den Versuch machte, das Reichsgericht durch seine Personalpolitik und durch seinen Terror politisch, menschlich und rechtlich zu zersetzen, daß ihm dieser Versuch teilweise gelang, daß er innerhalb des Gerichts besondere zusätzliche Rechtsprechungsgremien bildete, die er durch Personalnachschub linientreu zu besetzen suchte, daß ihm auch das teilweise gelang, daß schwere Schatten auf die Rechtsprechung dieser Gremien fielen, daß damals ein unerhörter Druck und die schimpflichsten Spitzelmethoden auf dem Gericht lastete, daß sich in ihm eine lähmende Atmosphäre der Furcht, des Mißtrauens, der Verbitterung, ja der Verzweifelung ausbreitete, das alles ist bekannt. Das Reichsgericht war damals nicht mehr es selbst. Zwar ergingen weitaus die meisten Ent-

---

1) Dazu Weinkauff, aaO S. 37 ff, 170 ff
2) Weinkauff, aaO; Rasehorn, aaO S. 491 ff; Schier, aaO S. 22 ff
3) Weinkauff, DRiZ 1954, 252

scheidungen auch jetzt noch in dem alten, ehrenhaften Geist - ein Strafsenat wurde damals bekanntlich aufgelöst, weil er Eingriffe in seine Rechtsprechung abgewiesen hatte - und doch war dem Gericht die Lebensluft der Freiheit und der Unabhängigkeit genommen ... Nichts aber wäre falscher und ungerechter, als dem heute in der Haltung eines billigen Pharisäismus gegenüberzutreten. Hier gilt vielmehr das Wort: "Wer unter euch ohne Sünde ist, der werfe den ersten Stein auf sie". Vor allem aber gilt zu erkennen, wie das kam, und dafür zu sorgen, daß es so nicht mehr kommen kann."

Vor diesem Hintergrund mögen die Rechtsprechung aus der Zeit des Nationalsozialismus und Geschehnisse der damaligen Zeit betrachtet werden.

2. Der vierte Senat des Reichsgerichts

Die in dem vorangegangenen Abschnitt gemachten Ausführungen zur Situation des Richters unter dem Nationalsozialismus sollen hier kurz ergänzt werden durch einige Angaben zu seinem Spruchkörper, dessen Rechtsprechung im folgenden erörtert werden soll. Es handelt sich um den vierten Senat des Reichsgerichts, der allein für familienrechtliche Streitigkeiten zuständig war.

Durch die ungewöhnlich hohe Anzahl von Revisionen, die der Senat zu entscheiden hatte, wurde seine Mitgliederzahl von gewöhnlich sieben bis acht bis auf dreizehn Personen erhöht. Das bedeutete in der Praxis, daß es zeitweilig zwei vierte Senate gab. Dazu ein damaliges Mitglied: [1]

"Man konnte also durch eine grundsätzliche Formulierung überrascht werden, zu der man nicht hatte Stellung nehmen können und die vielleicht auf eine Zufallsmehrheit zurückzuführen war."

Dieser Zustand, der allen Beteiligten unangenehm war, dauerte nur kurze Zeit, "habe aber doch schon Schaden angerichtet". [2]

---

1) Frantz, NJW 1949, 448 (449)
2) Frantz, aaO

Für die Auslegung (speziell des § 55 II EheG, von dem Frantz in seinem Aufsatz ausgeht) bedeutet das, daß eine einheitliche Auslegung nicht einmal im Senat selbst gesichert war. [1]

Zwar führt Frantz aus, daß von keiner amtlichen Seite oder parteiamtlichen Stelle der Versuch einer Einwirkung auf die Rechtsprechung des Senats gemacht worden sei, [2] es ist jedoch anzunehmen, daß durch die Erweiterung des Senats keine Richter hinzukamen, die der offiziell gewünschten Auslegung des § 55 EheG ablehnend gegenüber gestanden haben. [3] Weiterhin hatte der Präsident des Reichsgerichts auch an einer "Tagung der Vorstandsbeamten der höheren Justizbehörden" im Januar 1939 teilgenommen (Vorsitz Justizminister Gürtner), auf der in erster Linie die "Handhabung des § 55 des neuen Ehegesetzes" behandelt wurde. Einzelheiten über die Tagung sind nicht bekannt geworden. [4]

Auch dies sollte vom Betrachter der Rechtsprechung des vierten Senats nicht aus den Augen verloren werden.

---

1) Daut, aaO S. 91
2) Frantz, aaO S. 448
3) Daut, aaO
4) Dazu Daut, aaO

Siehe, die Gerechtigkeit wird dich wegtragen, wenn sie von ihrem Platze vertrieben wird.

Aus der "zweiten Klage" des "klugen Bauern Chun-Anup", Ägyptisches Mittleres Reich

VII. Die höchstrichterliche Rechtsprechung im Nationalsozialismus

1. Die Rechtsprechung vor Erlaß des Ehegesetzes von 1938

Zuerst soll hier die Zeitspanne von 1933 bis 1938, also die Jahre nach der Machtergreifung bis zum Erlaß des Ehegesetzes 1938 betrachtet werden. In dieser Zeit galten noch die Bestimmungen des BGB, die auch der Rechtsprechung in der Weimarer Republik zugrunde lagen. Es entstand jetzt für das Reichsgericht die Frage, wie es die Rechtsprechung fortsetzen sollte, nachdem die gesamten bisherigen Wertentscheidungen nicht mehr als richtig galten, kurz: Die Vereinbarung von Bestimmungen des BGB mit der nationalsozialistischen Weltanschauung. Nach Rüthers, [1] kann man im Zeitraum von 1933 bis 1938 in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zwei Phasen bemerken.

---

1) Rüthers, Auslegung S. 403

a) Anfängliche Zurückhaltung gegenüber dem Nationalsozialismus

Wurde zwar ein neues Bild der Funktion der Ehe vertreten, so zeichneten sich die ersten Jahre der reichsgerichtlichen Rechtsprechung durch eine vorsichtige Zurückhaltung gegenüber den nationalsozialistischen Vorstellungen von der Ehe aus. Im Jahre 1936 wurde das Scheidungsbegehren eines Klägers zurückgewiesen: Der Ehemann, der sich ehebrecherisches Verhalten vorwerfen lassen mußte und bereits zweimal vergeblich auf Scheidung geklagt hatte, begründete seine Klage damit, seine Frau habe ihn öffentlich beschimpft und er wollte dies als "eheliche Verfehlung" im Sinne des § 1568 gewertet wissen. Die Revision hatte ausgeführt, daß aufgrund der nun veränderten Anschauungen über Rassenunterschiede, der Kläger nicht mehr zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sei. Dazu sagte das Reichsgericht in seiner Abweisung aus: [1]

"Es gilt auch heute nicht zweierlei Recht für Ehen zwischen Rassegleichen und für Mischehen und erst recht nicht für den deutschblütigen Partner einer Mischehe und für den jüdischen. Wer sich wie der Kläger zur Verheiratung mit einer rassefremden entschlossen hat, hat sich dadurch mit ihr für sein Leben verbunden. Solange er nicht Scheidung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe erreicht, kann er sich von diesem Bunde nicht lösen und nicht verlangen, für sich allein leben zu dürfen, nachdem ihm die Auswirkungen der Rassenungleichheit fühlbar geworden sind. Diese nachteiligen Folgen ihrer Verbindung müssen die Eheleute vielmehr gemeinsam tragen und sich im Rahmen der ehelichen Gemeinschaft, auf deren Fortführung trotz jener Folgen jeder von ihnen ein Recht hat, durch gegenseitige liebevolle Rücksichtnahme erleichtern; ... Indem der Gesetzgeber aus wohlerwogenen Gründen von der Lösung der bestehenden Mischehen trotz des Verbotes des Abschlusses neuer abgesehen hat, hat er jene Folge des Fortbestandes solcher ungleichrassiger Geschlechtsgemeinschaft hier in Kauf genommen."

---

1) RGZ 150, 125 ff Urt. v. 30.1.1936

Der vierte Senat vertrat also die Ansicht, Mischehen seien zu erhalten. Das wurde auch deutlich in einem weiteren Fall, in dem der Anspruch des jüdischen gegen den nicht jüdischen Ehegatten auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) bejaht wurde. Begründet wurde das damit, daß die nationalsozialistische Weltanschauung im Blutschutzgesetz ihren vollständigen und abschließenden Ausdruck gefunden habe. [1] Eine weitere Auslegung, die sich über das Blutschutzgesetz hinwegsetze und einer (vermeintlichen) "geläuterten Auffassung des Volkes" Rechnung trage, sei unzulässig. [2]

Die gleiche Grundeinstellung vertrat das Reichsgericht auch zum ehelichen Anfechtungsrecht. Bedauernd stellt Boschan [3] dazu fest, daß die Anfechtung von Rassenmischehen in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte erst Schritt für Schritt Fuß gefaßt hat. Bei einer Durchsicht der Entscheidungen aus den Jahren 1933 bis 1938 fällt auf, daß die Anfechtungsfrage von Mischehen aus der Literatur eine Fortsetzung in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte gefunden hatte. In diesen Jahren ergingen eine Reihe von Urteilen der Instanzgerichte, die, gänzlich auf dem Boden der nationalsozialistischen Rechtsanschauung stehend, mit allen Mitteln versuchten Mischehen aufzulösen, [4] als auch Urteile, die sich ablehnend dieser Haltung gegenüber verhielten. [5]

---

1) RGZ 150, 251 ff (256) Urt. v. 13.2.1936
2) RGZ, aaO 254, 255 Urt. v. 13.2.1936
3) Boschan, Kommentar S. 112
4) LG Köln DJ 1933, 819; OLG Karlsruhe HRR 1934, 489; OLG Celle JW 1935, 1445; KG JW 1935, 3120; OLG München HRR 1936, 728; OLG Königsberg DJ 1935, 1387; LG Koblenz DJ 1935, 1420; OLG Braunschweig HRR 1936, 1218
5) KG DJ 1933, 818; KG DJ 1934, 134; KG DJ 1934, 396; OLG Hamburg HRR 1935, 350

Soweit ersichtlich, hat das Reichsgericht wohl versucht, sich aus dieser Entwicklung so lange wie möglich herauszuhalten, denn es finden sich nur zwei Urteile aus dieser Zeit (1934 und 1937). Ebenso wie die Instanzgerichte, die sich gegen die nationalsozialistische Anschauung stellten, war der Druck der Geschehnisse auch auf das Reichsgericht so stark, daß es 1934 erklären mußte, daß die Rassenzugehörigkeit eine persönliche Eigenschaft sei. Es lehnte aber eine Anfechtung dort ab, wo der Ehegatte in voller Kenntnis von der jüdischen Abstammung des Ehepartners geheiratet hatte. Begründung: Bereits durch Ziff. 4 und 5 des Parteiprogramms der NSDAP von 1920 sei eine hinreichende Aufklärung der Rassenfrage gegeben gewesen. [1] Hier ist deutlich die Absicht zu erkennen, den Anfechtungszeitraum so eng wie möglich zu halten. Verständlich, daß die Intentionen nationalsozialistischer Juristen in die entgegengesetzte Richtung liefen. [2]

In der zweiten Entscheidung [3] erklärte das Reichsgericht, daß die Nürnberger Gesetze zwar eine Regelung für die Zukunft getroffen haben, aber bestehende Mischehen nicht tangierten, ein Anfechtungsrecht aus der Rasse schlechthin, gebe es nicht. Das Reichsgericht versuchte also auf seine Art und im Rahmen der ihm gegebenen Möglichkeiten, sich gegen die sich bereits in den unteren Gerichten breitmachende nationalsozialistische Gleichschaltung zu wehren.

Betrachtet man die erste Zeitspanne der Rechtsprechung des Reichsgerichts nach der Machtergreifung, so kann folgendes festgestellt werden:

1. Mischehen sollten erhalten werden.

---

1) RG HRR 1934, 1456
2) Boschan, aaO S. 113
3) RG HRR 1938, 152

2. Nationalsozialistisches Gedankengut und Terminologie hatten auch beim vierten Senat (wenn auch noch spärlich) Einzug gehalten: "nachteilige Folgen der Rassenungleichheit".
3. Es wird noch nicht auf das "völkische Gedankengut" zurückgegriffen, sondern die Argumentation bezüglich des "Wesens der Ehe" ist noch die gleiche wie zur Zeit der Weimarer Republik: "eheliche Lebens- und Schicksalsgemeinschaft", "eheliche Treue", "liebevolle Rücksichtnahme" etc.
4. Die Rechtsprechung stützte sich auf bestehende Gesetze und nicht auf die Anschauungen des "Volksempfindens"; das wird deutlich durch den Hinweis, daß der Gesetzgeber entsprechende (dem Volksempfinden) Gesetze (noch) nicht erlassen habe.
5. Die Haltung des vierten Senats gegenüber der neuen Auffassung vom Wesen der Ehe kann als zurückhaltend bezeichnet werden.

b) Zunehmender Einfluß nationalsozialistischen Gedankengutes

Waren die oben unter a) besprochenen Entscheidungen vom Anfang des Jahres 1936, so zeichnete sich eine veränderte Anschauung des Senats in einem Urteil am Ende des Jahres 1936 ab. [1] Zwar wurde hier die Anfechtungsfrist des § 1594 II BGB im Sinne der bisherigen Rechtsprechung ausgelegt und eine erweiternde (mit dem Gesetzeswortlaut und -inhalt nicht übereinstimmende) Auslegung "mit Rücksicht auf die Anschauungen des nationalsozia-

1) RGZ 150, 390 Urt. v. 23.11.1936

listischen Staates" abgelehnt, [1] es zeichnete sich jedoch eine zunehmende Beeinflussung durch die nationalsozialistische Ideologie bereits ab: Die Familie wird im nationalsozialistischen Sinne als "Grundzelle des völkischen Lebens" definiert, die sich "nach eigenen Gesetzen aufbaut". [2] Außerdem finden sich in dem Urteil bereits Andeutungen, daß bei einer anderen Konstellation des Falles, rassische Gesichtspunkte zu einer anderen Beurteilung hätten führen können.

Interessant ist hierzu auch ein Vergleich, der beiden oben genannten Entscheidungen des Reichsgerichts zur Eheanfechtung. Beide Male nahm das Reichsgericht eine ablehnende Haltung zur Anfechtung der Mischehe ein, aber der Text der Urteilsbegründung weist doch deutliche Unterschiede auf: Sind die Formulierungen des Urteils von 1934 noch sehr distanziert, so erweckt der Urteilstext von 1937 schon einen wesentlich mehr der nationalsozialistischen Terminologie zugewandten Eindruck, auch wenn in der Sache selbst noch eine Ablehnung erfolgte.

Die Jahre von 1933 - 1938 waren geprägt durch die völlige Besitzergreifung des Staatsapparates durch die Nationalsozialisten, den Austausch von "störenden Elementen" durch Gesinnungstreue und eine Durchdringung der Nation mit nationalsozialistischem Gedankengut bis in die letzten Winkel des Landes. Die Machtergreifung selbst im Jahre 1933 bildete nur den Anfang, dem dann die mehrjährige Umwandlung des Staates in ein nationalsozialistisches Gefüge folgte. [3] Entsprechend konnte sich der

---

1) Im Grunde wollte sich das Berufungsgericht in dieser Sache über bestehendes Recht einfach hinwegsetzen, es einfach negieren und so entscheiden, wie es der nationalsozialistischen Idee dienlich gewesen wäre.

2) RG, aaO S. 395

3) Im Rahmen dieser Arbeit kann natürlich auch nicht annähernd in ausreichendem Maße auf diesen Problemkreis eingegangen werden. Hier wäre dann auch eingehend die Frage der persönlichen Besetzung des vierten Senats zu untersuchen.

vierte Senat in den ersten Jahren nach 1933 und unter der Geltung des BGB noch in gewissem Rahmen seiner eigenen Auffassung und seiner bisherigen Rechtsprechung treu bleiben. Die zunehmende Durchsetzung des gesamten Lebens durch den Nationalsozialismus konnte aber auch am Reichsgericht nicht vorübergehen, so daß sich auch in seiner Rechtsprechung die Umwandlung der Verhältnisse und Anschauungen ablesen läßt.

2. Die Rechtsprechung nach Erlaß des Ehegesetzes von 1938

War die Rechtsprechung des vierten Senats bis zum Erlaß des Ehegesetzes im Jahre 1938 als zurückhaltend zu bezeichnen, so änderte sich das nun unter der Geltung dieses Gesetzes völlig. Deutlich und unverhohlen treten jetzt die Absichten des nationalsozialistischen Gesetzgebers hervor und verhalfen den "völkischen" Auffassungen vom Wesen der Ehe zur Geltung. Anhand der unbestimmten Wertbegriffe, wie sie in den §§ 37, 49, 54, 55 EheG vorkommen, läßt sich das deutlich offenlegen. In den nun folgenden Ausführungen soll die Rechtsprechung des vierten Senats zu den Begriffen "Wesen der Ehe" und "sittliche Rechtfertigung" untersucht werden, u. z. anhand einer Reihe von ausgesuchten Entscheidungen zu den §§ 37, 55 EheG. Für die Auswahl dieser beiden Normen waren folgende Gesichtspunkte bestimmend: Zu ihrer Auslegung wurden die prägnantesten Ausführungen gemacht. Weiterhin wurde bereits § 1333 BGB, der der Vorläufer des § 37 EheG war, im Kapitel über die Weimarer Republik behandelt, so daß ein Vergleich möglich ist.

a) Die Rechtsprechung zu § 37 EheG

aa) Inhalt der Norm

§ 37 EheG ist durch das Ehegesetz als neue Fassung des § 1333 BGB eingeführt worden, der die Anfechtung der Ehe wegen eines Irrtums über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten bestimmte. Betrachtet man nun in der Synopse die beiden Paragraphen, so lassen sich vier wesentliche Unterschiede feststellen:

1. Wegen eines Irrtums über persönliche Eigenschaften kann nunmehr eine Ehe nicht mehr angefochten, sondern nur noch aufgehoben werden. Bisher war die anfechtbare Ehe bis zur Anfechtung als gültig angesehen und galt nach Anfechtung als von Anfang an nichtig (ex tunc) gemäß § 1343 I, also entsprechend § 142 BGB für die Anfechtung von Rechtsgeschäften. Dazu die Amtliche Begründung: [1]

"Es widerspricht unserer heutigen Auffassung vom Wert und von der Bedeutung der Ehe, es einem Ehegatten zu ermöglichen, aus den rein vertragsrechtlichen Gesichtspunkten ... die Ehe nachträglich mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Eheschließung auszulöschen." 2)

Gegen die Auffassung der Ehe als ein privatrechtlicher Vertrag hatten sich bereits zahlreiche nationalsozialistische Juristen gewandt, und sich dabei auf die Hegelsche Ansicht von der Ehe als Einheit der beiden Ehegatten bezogen. [3]

2. Im § 1333 BGB hieß es "Irrtum über persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten", nunmehr "Irrtum über solche die Person des anderen Ehegatten betreffende Umstände". Diese

---

1) Amtliche Begründung, DJ 1938, 1102 (1106)
2) Ausführlich zur Frage Anfechtung - Aufhebung v. Scanzoni, Kommentar, Vorb. zu §§ 33, 34
3) Zechnall, Diss., S. 72 f mwN; Molls, Diss., S. 17 f mwN

Veränderung wird in der amtlichen Begründung damit motiviert, man habe einer in der Rechtsprechung hervorgetretenen zu engen Auslegung des Begriffs "persönliche Eigenschaften" vorbeugen wollen. [1]

In aller Deutlichkeit spricht Boschan [2] den nationalsozialistischen Hintergrund der neuen Regelung im Vergleich zu alten aus:

"Nicht erkannt wurde aber, daß die Einzelperson nicht um ihrer selbst willen im Leben steht, sondern dem Volksganzen in ihrem ganzen Wesen angehört und daß daher auch die "persönlichen Eigenschaften" ihre Grundlage in dem zugehörigen Volks- und Rasseleben und ihre Auswirkungen auf dieses Volksleben haben und daß somit eine Einzelperson nicht von ihren Beziehungen zur Außenwelt losgelöst werden kann, daß sie vielmehr als blutmäßiger und unlöslicher Bestandteil der deutschen Rassen- und Volksgemeinschaft zu behandeln ist, wenn sie deutscher Abstammung und deutschen Blutes ist. Die bisherige Literatur und Rechtsprechung hat diese Grundsätze nicht gewürdigt und hat daher den § 1333 BGB auch nur in einer engen individualistischen Weise ausgelegt. So wurden unter den "persönlichen Eigenschaften" vor allem die körperlichen Eigenschaften "Alter, Geschlecht, Zeugungsunfähigkeit, Geistesverfassung" usw. verstanden, ohne daß rassische Besonderheiten und Eigenarten darunter gerechnet wurden." 3)

Auert betont, daß es bei dieser Formulierung darum ging, eine erheblich weiter ausgedehnte Anwendungsmöglichkeit des § 37 im Verhältnis zu § 1333 zu erreichen. [4] Unter diese Norm fielen nun alle Lebensäußerungen des Menschen schlechthin. [5] Diese

---

1) Amtliche Begründung, aaO S. 1107; RGZ 158, 268 (274) "Darin liegt eine gewisse Erweiterung. Es braucht sich nicht mehr um eine Eigenschaft, d. h. um ein der Person anhaftendes Merkmal körperlicher, geistiger oder seelischer Art zu handeln. Es genügen Umstände jeder Art, auch Vorgänge, Verhältnisse, Werturteile und ähnliches."
2) Boschan, NS Ehegesetzgebung S. 111
3) So auch KG JW 1938, 856 zur Frage der Staatsangehörigkeit als persönl. Eigenschaft.
4) Auert, Kommentar S. 142
5) Auert, aaO

weite Auslegung sei aber deshalb nicht gefährlich, weil es nur solche Umstände sein können, die bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe den Partner von der Ehe abgehalten hätten, es handle sich sozusagen um ein Korrektiv. [1] Die Feststellung der Umstände habe in zweifacher Weise zu geschehen: Zuerst müsse man die Umstände feststellen, die bei objektiv richtiger Würdigung des Wesens der Ehe einen "vernünftig denkenden Menschen" von der Eingehung der Ehe abgehalten hätten. Zu diesen objektiven Merkmalen muß ein subjektives Merkmal hinzukommen, die den betreffenden Ehegatten bestimmende Einstellung. [2]

3. Schließlich war die Anfechtung nur zugelassen, wenn der Ehegatte bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe die Ehe nicht geschlossen hätte; jetzt war dem Ehegatten auferlegt, das Wesen der Ehe richtig zu würdigen. Dazu läßt sich aus der Amtlichen Begründung nichts entnehmen.

4. § 37 ist in Bezug auf § 1333 BGB erweitert, u. z. durch Absatz II, wonach die Aufhebung ausgeschlossen war, wenn das Begehren "sittlich nicht gerechtfertigt" war. Der Amtlichen Begründung zufolge, sollte mit dieser Bestimmung "dem Gedanken der Bewährung "Rechnung getragen werden". [3] Diese Bestimmung sollte es dem Richter auch ermöglichen, "seine Entscheidung mit dem gesunden Volksempfinden in Übereinstimmung zu bringen." [4]

---

1) Maßfeller, Kommentar S. 195; Volkmar, Kommentar S. 134
2) Maßfeller, aaO S. 195 f; a. A. Rilk, Kommentar S. 193, der entscheidend auf die subjektive Seite abstellt. Überhaupt sind seine Ausführungen ganz eindeutig distanziert von ns Einflüssen, wenn auch er sich nicht von bestimmten Gegebenheiten lösen kann.
3) V. Scanzoni, Kommentar § 37 Rdn. 9
4) Maßfeller, aaO S. 154; Lange, AcP 145, 173 ff

bb) Die richtige Würdigung des Wesens der Ehe

Während es im § 1333 BGB um die "verständige" Würdigung des Wesens der Ehe ging, mußte nun die Ehe "richtig" gewürdigt werden. Entsprechend der nationalsozialistischen Weltanschauung konnte es nicht mehr darauf ankommen, daß ein "verständiger" Mensch das Wesen der Ehe würdigt, sondern es konnte nur darauf ankommen, wie ein nationalsozialistisch bewußter Mensch die Ehe würdigt, d. h. die Ehe konnte nur noch richtig (also nationalsozialistisch) oder unrichtig (nicht im nationalsozialistischen Sinne) gewürdigt werden. [1] Durch den Austausch des Wortes "verständig" durch das Wort "richtig" ist

"unverkennbar der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht, daß bei der abwägenden Beurteilung des einzelnen Falles der Würdigung unter allgemein gültigen, sittlichen und völkischen Gesichtspunkten gegenüber verstandesmäßigen, unter Umständen auch auf die konkrete Interessenlage abgestellten Betrachtungen das größere Gewicht zukommen soll." 2)

Das Verhältnis von der "verständigen" zur "richtigen" Würdigung legt unmißverständlich Auert in seinem Kommentar dar: [3]

"Hierin liegt ein Unterschied, da "verständige" Würdigung immerhin verschiedene, logisch begründete, aber innerlich von verschiedenen Grundanschauungen ausgehende Würdigungsmaßstäbe ermöglicht, während "richtige" Würdigung nur den objektiven Maßstab zuläßt, der an eine wahrhaft deutsche, d. h. auf der sittlichen und volkhaften Weltanschauung des Nationalsozialismus aufgebaute Ehe gelegt werden muß." 4)

Für die nationalsozialistische Eheauffassung ist damit ganz eindeutig festgelegt, daß es keine zwei Meinungen über die Ehe geben könne, daß jede individuelle Vorstellung, jede im rein intimen Bereich stattfindende subjektive Beurteilung dessen was Ehe ist, nicht

---

1) RG DJ 1938, 1962; RGZ 158, 268 (275)
2) RG IV 71/40 v. 5.6.1940 zit. bei v. Scanzoni, aaO
3) Auert, aaO S. 150
4) Hervorhebungen nicht im zit. Text

mehr statthaft sein kann. Es gibt jetzt einen objektiven Maßstab, an dem sich jeder "vernünftig" denkende Mensch ausrichtet. [1]

Wurde an anderer Stelle über die verständige Würdigung des Wesens der Ehe durch das Reichsgericht in der Weimarer Republik festgestellt, daß es nur wenige Ausführungen gibt, die sich konkret mit dem Wesen der Ehe beschäftigen, so ist das hier nur zu wiederholen. Auch hier zeigt die einschlägige Literatur, daß die anderen Fragen der Norm weitaus umfangreicher behandelt wurden. Zum Wesen der Ehe selbst findet sich wenig. Eine kurze Ausführung dazu gibt es in einem der führenden Kommentare zum Ehegesetz, dem Kommentar von v. Scanzoni:

"Wer wegen eines nachträglich in der Person des anderen Ehegatten entdeckten Umstandes die Aufhebung der Ehe begehren will, wird sich fragen müssen, ob der Umstand von solcher Art, Bedeutung und Schwere ist, daß er sich mit dem Zwecke der Ehe, "der Vermehrung und Erhaltung der Art und Rasse zu dienen" (Adolf Hitler) und mit dem Inhalt der Ehe als einer zwischen zwei rassegleichen, erbgesunden Personen verschiedenen Geschlechts in Richtung dieses Zwecks geschlossen, auf gegenseitiger Treue, Liebe und Achtung beruhenden dauernden Lebensgemeinschaft nicht vereinbar ist. Da wir alle umlernen müssen in der Anschauung der Welt und des Lebens, umlernen in der Betrachtung des Wesens der Ehe als einer nicht Mann und Frau allein, sondern auch die Volksgemeinschaft angehenden, sittlichen Einrichtung, wird auch die Prüfung, welche persönlichen Umstände eines Ehegatten aus der vorehelichen Zeit bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Heirat abgehalten hätten, nicht nur von individuellen, sondern außerdem noch von anderen, allgemeinen - Rasse, Erbgesundheit, Fortpflanzung, Volksgemeinschaft betreffenden - Gesichtspunkten aus vorzunehmen sein." 2)

Damit ist so ziemlich alles umrissen, was nach der nationalsozialistischen Weltanschauung zum Wesen der Ehe zu sagen ist.

---

1) Maßfeller, aaO

2) V. Scanzoni, aaO Rdn. 10 unter Berufung auf RG DJ 1938, 1961

cc) Die Bedeutung des § 37 EheG für Mischehen

Wie ausgeführt, galt zur Zeit der Weimarer Republik die Konfession fast einhellig nicht als persönliche Eigenschaft im Sinne des § 1333 BGB. Es bedarf keiner weiteren Erörterung, daß sich diese Ansicht ebenfalls einhellig jetzt ins Gegenteil verkehrte. § 37 EheG bekam eine besondere Bedeutung für das Interesse des nationalsozialistischen Staates, Ehen zwischen Juden und Nichtjuden zu trennen. 1)

War noch unter der Geltung der eherechtlichen Vorschriften des BGB in den Jahren 1933 bis 1938 eine gewisse Zurückhaltung bei der Anfechtung (Aufhebung) von Mischehen, sogar ganz anfänglich ein Bestreben sie zu erhalten, so änderte sich dies unter der Geltung des Ehegesetzes von 1938 völlig. So wurde z. B. von den Instanzgerichten § 37 EheG sehr großzügig angewandt, wenn sich ein Ehegatte über die Bedeutung des Rassenunterschiedes geirrt hatte. Einer solchen Klage wurde auch noch 1939 stattgegeben, obwohl der Kläger seit 1933 Zeit genug gehabt hatte, sich über die Bedeutung des Rassenunterschiedes bewußt zu werden. 2) 3)

---

1) Zum modernen Antisemitismus und seinen eherechtlichen Auswirkungen in Italien und einigen südosteuropäischen Staaten (Rumänien, Slowakei, Bulgarien, Ungarn) als Folge des Einflusses der rassischen Ehegesetzgebung in Deutschland, siehe Habermalz, Diss., S. 15 ff

2) OLG Nürnberg DR 1940, 33 f; OLG München DR 1940, 327 f. Diese Entscheidungen nehmen Bezug auf die Ermordung des Botschaftsrates E. v. Rath durch den jungen Israeli Herschel Grynszpan in Paris am 27.11.1938, deren Folge die sog. Kristallnacht am 9./10.11.1938 war; sie sind wegen Inhalts, Tendenz und Sprache äußerst "lesenswert". Sie zeigen, daß bei den Instanzgerichten wesentlich entschiedener und härter vorgegangen wurde, eine Entwicklung, die sich bereits sofort nach der Machtergreifung abzuzeichnen begann. Auf das Attentat nimmt auch das Urteil des LG Kiel vom 9.3.1939 - 6R 637/38 - Bezug, wonach einer nichtjüdischen Ehefrau nach ca. 20 Jahren Ehe mit einem Juden erst durch die Er-

Diese Rechtsprechung wurde vom Reichsgericht bejaht, [1] jedoch urteilte es nicht so großzügig wie die Instanzgerichte, sondern stellte strengere Voraussetzungen auf. [2]

In einem weiteren Fall wurde ein Irrtum iSd § 37 als Aufhebungsgrund anerkannt, in dem der klagende Ehegatte nach 19 Jahren erfuhr, daß seine Ehefrau nicht nur Halbjüdin, sondern sogar Volljüdin war [3] und nun mit der hinreichenden (nationalsozialistischen) Aufklärung über die Bedeutung der Rassenverschiedenheit erklärt, daß er dann die Ehe nicht geschlossen haben würde. In dem Urteil [4] wird ausgeführt, daß in weiten Kreisen Deutschlands früher eine unzureichende Kenntnis von der Bedeutung der Rassenfrage gegeben war. [5] [6]

Von den Instanzgerichten wurde erwähnt, daß niemand ein Interesse an der Erhaltung von Mischehen habe, weder die Parteien noch der Staat, noch die Volksgemeinschaft. Der Kläger (34 Jahre

---

mordung v. Raths das Wesen der Rassenunterschiede bewußt geworden sei, dazu Wogatzky, StAZ 1939, 212, 213

3) Grundlage dafür war § 54 DVO zum EheG 38, RGBl I, 923, wonach ein Aufhebungsgrund für beim Inkrafttreten des Ehegesetzes bereits bestehende Ehen binnen Jahresfrist danach geltend gemacht werden konnte, d. h. der Aufhebungsgrund wirkte zurück.

1) RGZ 160, 270 (272)

2) RGZ, aaO S. 273; Die Behauptung allein genügte nicht, auch der fehlende Widerspruch des beklagten Ehegatten wurde nicht anerkannt als Bestätigung des Klagevortrags.

3) Welch feine Unterscheidung! Ein halbjüdischer Mensch ist auch nach 19 Ehejahren anders als ein volljüdischer zu werten!

4) RGZ 164, 372 ff

5) RGZ, aaO S. 379

6) Interessant und bezeichnend ist die Erwähnung in der Sachverhaltsschilderung, daß der "deutschblütige" Kläger seit 1933 Parteigenosse ist. Es ging wohlgemerkt im vorliegenden Fall um eine Eheaufhebungsklage! Beim Lesen des Sachverhaltes kann man bereits an Schilderung und Terminologie ablesen, welche Einstellung der Senat zum Fall hatte.

alt) könne in einer neuen Ehe eine Arierin heiraten und von ihr arische Kinder bekommen. Die Beklagte (Jüdin) könne, nun wieder selbständig, auswandern. [1] Die in § 37 II EheG aufgestellte "sittliche Rechtfertigung" ergebe sich daraus, daß ein "großes völkisches Interesse" an der Lösung rassisch gemischter Ehen bestehe. [2]

dd) Der absolute Aufhebungsgrund

Im Kapitel über die reichsgerichtliche Rechtsprechung in der Weimarer Republik wurde ausgeführt, daß es keinen absoluten Anfechtungs- (Aufhebungs-) grund gab. Das sollte sich grundlegend unter dem Nationalsozialismus ändern; an der Frage der Lösung von Mischehen wurde - nach längerem Zögern des Reichsgerichts - ein absoluter Aufhebungsgrund entwickelt.

Noch im Mai 1940 wies das Reichsgericht eine auf Rassenverschiedenheit gestützte Scheidungsklage (§§ 47 ff EheG) wegen Unbegründetheit ab und lehnte auch die Umwandlung in eine Anfechtungsklage nach § 37 EheG aus prozessualen Gründen ab. [3] Noch im selben Jahr aber äußerte sich der Senat anders, und zwar ganz im Sinne der oben genannten Instanzgerichte, nämlich, daß die Auflösung von Ehen zwischen "deutschblütigen" und jüdischen Ehegatten stets sittlich gerechtfertigt sei. [4] [5]

---

1) OLG Nürnberg, aaO S. 34
2) OLG München, aaO S. 328
3) RGZ 164, 58 (61) Urt. v. 20.5.1940
4) RG v. 14.11.1940 IV 170/40 zit. bei Frantz, DR 1941, 1028 (1030)
5) Die bei Hoffmann-Stephan, § 32 Rdn. 42 angeführte Entscheidung RGZ 160, 380 für diesen "absoluten Aufhebungsgrund" ist dafür falsch! Diese Entscheidung behandelt die §§ 53, 54 EheG, d. h. Scheidungsgründe und nicht Aufhebungsgründe im Sinne des § 37 EheG

Stellungnahme

Das Wesen der Ehe hatte sich nun doch wandeln können! Galt es noch in der Weimarer Republik als unwandelbar, so zeigte die Entwicklung das Gegenteil. Dort, wo zur Zeit der Weimarer Republik moralische Allgemeinplätze angeführt wurden ("vorwiegend sittliche Einrichtung"), stehen nun ganz konkrete Aussagen. Lange Ausführungen sind auch jetzt dazu nicht notwendig, denn das Wesen der Ehe ist bestimmt durch die nationalsozialistische Weltanschauung, d. h. alles was dem Volke, der Idee, der Macht der Führung dient, gehört zum Wesen der Ehe! Daß in dieser Zeit eine intensive Auseinandersetzung mit dem Begriff des Wesens nicht stattgefunden hat, [1] versteht sich von selbst - es galt schließlich nicht nur die Auslegung eines Gesetzesbegriffes, sondern es galt ein Ziel, den Ausbau der Macht, durch eine "Auslegung" zu erreichen.

Hier zeigt sich, wie beliebig auswechselbar der Inhalt eines so generalklauselartigen unbestimmten Rechtsbegriffs wie der des Wesens der Ehe ist: mit einer geänderten Verfassungsepoche, einer geänderten Rechtsanschauung, wandelt sich auch ein solcher Begriff. So führte ein Mitglied des damaligen vierten Senats aus:

"Ziel der Rechtsprechung muß es immer sein, die einzelne Gesetzesbestimmung in dem Geist anzuwenden, der das ganze Gesetz beherrscht. Der Richter ist zwar durch den Wortlaut der Bestimmung in gewissem Umfang gebunden, aber ihm keineswegs sklavisch unterworfen. Ist der Wortlaut mehrdeutig, so entsteht ohne weiteres die Frage nach dem Sinn der Bestimmung, und dieser Sinn ist zu deuten eben aus dem Geist des Gesetzes heraus. In der gleichen Linie liegt es, daß die Rechtsprechung im Wege der ergänzenden Gesetzesauslegung Lücken des Gesetzes ausfüllt ... Ist der Wortlaut der Bestimmung mit dem Geist des Gesetzes nicht in Einklang zu bringen, so kann sich der Richter unter Umständen sogar über den Wortlaut hinwegsetzen, freilich nicht in dem Sinne, daß er dem Gesetzgeber sachlich entgegentritt, aber

1) Ebenso Fuchs, Diss., S. 41

derart, daß er aus der Erkenntnis dessen heraus, was der Gesetzgeber wirklich gewollt hat, über die Mängel der Wiedergabe dieses Willens in der Bestimmung hinweggeht. 1) 2)

Äußerungen dieser Art, nämlich, daß der Richter den Geist des Gesetzes (sprich: den nationalsozialistischen Geist) als etwas Vorhandenes aufgreifen kann und nun auf dieses Gesetz anwenden soll, öffnen der Anwendung einer Norm im jeweils gewünschten Sinn Tür und Tor. Ein hervorragendes Beispiel dafür ist auch § 55 EheG.

b) Die Rechtsprechung zu § 55 EheG

aa) Inhalt der Norm

Für die Betrachtung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum "Wesen der Ehe" ist der § 55 von ganz besonderer Bedeutung. Galt bis zum Erlaß des Ehegesetzes von 1938 im Scheidungsrecht ausschließlich der Verschuldensgrundsatz, so führte nun § 55 das Zerrüttungsprinzip in das deutsche Recht ein. 3) Danach war es nun möglich, eine Ehe unabhängig von der Frage etwaigen Verschuldens zu scheiden, wenn 1. eine dreijährige Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft vorlag und 2. damit eine unheilbare Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses gegeben war, die eine Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwarten ließ.

Aus der Amtlichen Begründung läßt sich entnehmen, daß § 55 dem Umstande Rechnung tragen sollte,

---

1) Frantz, DR 1941, 1028 (1030)
2) Hervorhebungen nicht im Zitat
3) Ausführlich zu den - trotz einheitlichen Ehebildes - unterschiedlichen Auffassungen zur Gestaltung der Scheidungsgründe, Kühn, Diss., S. 76 ff; Willmann, Diss., S. 24 ff; Fuchs, Diss., S. 31 ff

"daß es Fälle gibt, in denen, ohne daß einer der aufgeführten Scheidungsgründe in Betracht kommt, die Ehegatten sich innerlich so vollständig voneinander gelöst haben, daß mit einer Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft dauernd nicht mehr gerechnet werden kann." 1) Aufgabe des § 55 sollte es sein, die Auflösung sittlich nicht gerechtfertigter Ehen zu ermöglichen. Speziell der noch zu behandelnde Absatz II sollte dies sogar dann ermöglichen, wenn dem Beklagten an sich ein Widerspruchsrecht zusteht. 2) Schon früh wurde deshalb auch die Bedeutung dieser neuen Regelung für ein nationalsozialistisches Eherecht erkannt. Es handle sich um "eine der wichtigsten Vorschriften des neuen Eherechts", 3) die Anwendung dieser Norm sei von der "schwierigsten und verantwortungsvollsten Aufgabe innerhalb der gesamten Anwendung des Ehegesetzes". 4)

§ 55 I gab keinerlei besondere Probleme für die Auslegung und führte nicht zu Auseinandersetzungen mit Grundsätzen des Eherechts. 5) Stark diskutiert und von besonderem Interesse ist nur (von einigen anderen Fragen abgesehen, die für diese Arbeit nicht von Bedeutung sind) der Absatz II Satz 2, in dem das in Satz 1 dem Beklagten zugebilligte Widerspruchsrecht als nicht beachtlich erklärt wird, "wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist".

---

1) Amtl. Begründung, DJ 1938, 1102 (1109). Damit war das in der Weimarer Republik heftig umstrittene Zerrüttungsprinzip endlich im Scheidungsrecht aufgenommen.
2) Haselhoff, DJ 1939, 216 ff (217); Danielcik, JW 1938, 2866; Mößmer, ZAkDR 1939, 292 ff (293); Lauterbach, ZAkDR 1938, 728 ff (729); Spott, DR 1939, 24
3) Danielcik, aaO
4) Isele, AcP 145, 257 ff (273)
5) Daut, Diss., S. 92; Frantz, NJW 1949, 448; Graehl, Diss., S. 49

Exkurs

Die Einführung des Zerrüttungsprinzips [1] in das deutsche Recht stellte eine bemerkenswerte Neuerung dar. Im Kern eine individualistisch-liberale Auffassung, wurde dieser Gedanke von den Verfassern des BGB ausdrücklich abgelehnt, [2] in der Weimarer Republik jedoch viel diskutiert und vielfach befürwortet. [3] Aufgrund der speziellen politischen Situation der damaligen Zeit, ließ sich diese gesetzgeberische Initiative jedoch nicht verwirklichen.

Dem Nationalsozialismus mußte eine individualistische Auffassung von der Ehe naturgemäß fremd sein, [4] und so hatte die Einführung dieser Norm ein ganz anderes rechtspolitisches Ziel.

Mit der nationalsozialistischen Machtergreifung ist eine Veränderung des Zerrüttungsbegriffes festzustellen. Entsprechend der Auffassung, daß die Ehe in erster Linie eine Angelegenheit der beiden Gatten ist, wurde die Zerrüttung in der Weimarer Republik als ein Zustand verstanden, der die rein persönliche Beziehung der Eheleute zueinander betraf. Nicht tangiert wurde dadurch die Ehegemeinschaft als gesellschaftliche Institution.

Nach 1933 mußte sich der Zerrüttungsbegriff wandeln, da die Ehe nun vorrangig eine die Volksgemeinschaft betreffende Angelegenheit geworden war. Eine Zerrüttung lag nunmehr dann vor, wenn einer der nationalsozialistischen Ehezwecke unter dem Gesichtspunkt des völkischen Wertes der Ehe nicht mehr gegeben war. Unerheblich war jetzt die individuelle Auffassung der Ehegatten geworden, denn wenn nach objektiven (nationalsozialisti-

---

1) Verschiedene Ehegesetze anderer Länder aus dieser Zeit zwischen 1900 und 1933 enthielten diesen Grundsatz, Haff ZAkDR 1936, 1041
2) Mugdan, Motive IV S. 562 (568)
3) Wolf-Lüke-Hax, aaO S. 76 ff; Daut, aaO S. 68 ff
4) Larenz, DR 1937, 184 ff; Amtl. Begründung, aaO S. 1107

schen) Kriterien der Sinn einer (nationalsozialistischen) Ehe nicht mehr erreichbar war, z. B. der vorteilhafte Wert für die Gemeinschaft oder die Zeugung rassegleicher Kinder, so lag in diesen Fällen eine Zerrüttung vor.

"Unter "tiefer Zerrüttung der Ehe" ist die unwiederherstellbare Zerstörung der völkischen und sittlichen Grundlagen der Ehe zu verstehen ... wenn sie (die Ehe) ihre Funktion als Keimzelle der Gemeinschaft nicht mehr zu erfüllen in der Lage ist." [1)]

Wie Fuchs [2)] zu Recht aufmerksam macht, stand unter dem Schutz des Gesetzes nicht mehr das Verhältnis zweier Menschen zueinander, sondern das Interesse der Gemeinschaft an einer maximalen Einflußnahme auf das Privatleben der Eheleute unter dem Aspekt des Volkswohls.

Ehe und Zerrüttung waren nach nationalsozialistischer Auffassung an objektiven Kriterien objektiv zu beurteilende Institute. Den objektiven Maßstab setzt der nationalsozialistische Staat zur Erreichung seiner Zwecke.

Diese Entwicklung verdeutlicht zweierlei: Ohne eine gesetzgeberische Neuschöpfung läßt sich ein generalklauselartiger Begriff wie der der Zerrüttung zu unterschiedlichen Zwecken verwenden. Er ist für jede beliebige Rechtsauffassung zu gebrauchen und kann immer wieder einen neuen Inhalt erhalten. Es wird aber auch deutlich, welches Universalinstrument § 55 für die nationalsozialistische Rechtspraxis darstellte: Durch die neue Gestalt des Zerrüttungsbegriffs konnte so das angestrebte Ziel der Auflösung unerwünschter Ehen erreicht werden. [3)]

---

1) Danielcik, aaO S. 2867
2) Fuchs, aaO S. 33 f
3) Fuchs, aaO S. 36

bb) Die Auslegung des § 55 II EheG

Der Absatz II war die interessanteste Regelung dieses neuen Paragraphen und bot der Rechtsprechung die Möglichkeit, die beabsichtigten bevölkerungspolitischen Ziele durchzusetzen.

Eine Durchsicht der Rechtsprechung zu § 55 ist aus zwei Gründen außerordentlich schwierig. Zum einen handelt es sich um eine Fülle von ergangenen Entscheidungen, [1] zum anderen ist es kaum möglich, Richtlinien festzustellen, da die Entscheidungen in einem bisher wohl noch nicht bekannten Maße auf den jeweiligen Einzelfall mit seiner jeweils individuellen Lage abstellen. Die Rechtsprechung ist öfters widersprüchlich und schwankend, [2] was ebenfalls die Beurteilung erschwert. [3] [4]

Dennoch lassen sich zwei Grundaussagen der Rechtsprechung feststellen, die in fast jeder Entscheidung zu finden waren, und die richtungsweisende Bedeutung hatten. Beide sind in einer der ersten Entscheidungen des Reichsgerichts zu § 55 festgehalten.

1. "Die sittliche Wertung einer Ehe darf nicht mehr von den Belangen der beteiligten Ehegatten ausgehen, sondern hat in den Vordergrund den Wert der Ehe für die völkischen Belange zu stellen." [5]

---

1) Dreßler, DJ 1939, 380 ff berichtet aus der Arbeit "eines kleineren Landgerichts", daß unmittelbar nach Wirksamwerden des EheG 38 die Scheidungsklagen sich häuften, daß z. B. in den ersten sechs Monaten der Geltung des neuen Rechts, alleine 61 Klagen aus § 55 eingebracht wurden.

2) V. Scanzoni, Scheidung ohne Verschulden S. 41 ff

3) Dazu Willmann, Diss., S. 72

4) Zur allmählich immer eindeutiger im nationalsozialistischen Sinne sich erklärenden Rechtsprechung des Reichsgerichts zu § 55 II, Kaul, Geschichte S. 72 ff

5) RGZ 160, 144 (146); 160, 15 (17); 160, 373 (376); RG Warn 1939 Nr. 100; RG Warn 1940 Nr. 9; RGZ 162, 124 (126); ebenso Spott, aaO S. 26; Mößmer, aaO S. 293; Lauterbach, ZAkDR 1939, 379; Danielcik, aaO S. 2866 (2868)

2. "Die Beachtung des Widerspruchs muß also, jedenfalls sobald allgemeine Belange für die Scheidung sprechen, eine Ausnahme bleiben und ist nur zulässig, wenn im Einzelfall besondere Gründe es sittlich rechtfertigen, den aus der Ehe herausstrebenden Teil trotz ihrer unheilbaren Zerrüttung an den durch die Ehe begründeten Pflichten festzuhalten." 1)

Die erste der beiden Aussagen spiegelt sowohl die bereits behandelte neue Eheauffassung als auch den gewandelten Zerrüttungsbegriff wider. Ständig bestätigt wurde das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Widerspruchs: Die Scheidung der Ehe war gem. § 55 I die Regel, der vom beklagten Ehegatten gemachte Widerspruch gem. § 55 II sollte nur die Ausnahme sein, und mit seinen unbestimmten Begriffen des Satz 2 der Rechtsprechung helfen, die gewünschten rechtspolitischen Ziele zu ermöglichen. Über dieses Ausnahmeprinzip war sich die h. L. einig. 2) Ausdrücklich wurde betont, daß das Gericht auf den Widerspruch nicht einzugehen brauche, wenn die übergeordneten Belange eine Scheidung der Ehe verlangen. 3)

Nach der Ansicht des Senats verdankte § 55 seine Einführung der Idee, daß die nationalsozialistische Allgemeinheit Wert darauf lege, zerstörte, wertlose Ehen zu lösen. 4) Diese Vorschrift sollte "ganz überwiegend der Wahrung öffentlicher Belange dienen". 5) Der Widerspruch des Beklagten hatte demzufolge nur dann Beachtlichkeit, wenn er sich mit den Belangen der Allgemeinheit deckte. 6) Begründet wurde das Allgemeininteresse damit,

---

1) RGZ 160, 144 (147). Diese Entscheidung ist ständig zitiert worden, vgl. die Nachweise bei Willmann, aaO S. 73 Rdn. 3
2) Danielcik, aaO S. 2869; Rexroth, aaO S. 2086; Bergmann, DJ 1939, 376 (379); Isele, aaO; Lauterbach, ZAkDR 1939, 235; ders. ZAkDR 1939, 379; Mößmer, aaO S. 293; v. Scanzoni, DR 1940, 753 (760); Sihler, Diss., S. 44
3) Rexroth, aaO S. 2087; Haselhoff, aaO; Bergmann, aaO
4) RGZ 166, 214
5) RG IV 187/39 v. 15.1.1940 zit. v. Scanzoni, DR 1940, 753 (757)
6) RG, aaO

daß eine zerstörte Ehe eine Quelle schwerer sittlicher und der gesunden Volkshaltung abträglicher Schäden sei. [1] Dieser bevölkerungspolitische Aspekt wird nicht nur zu § 55 herangezogen, sondern durchzieht die ganze Rechtsprechung zum Ehegesetz. [2]

(1) Die Auslegung des Begriffes "sittlich"

In einer Entscheidung vom 17. 4. 1939 heißt es:

"Die Beachtung des Widerspruchs ... ist nur zulässig, wenn im Einzelfalle besondere Gründe es sittlich rechtfertigen, den aus der Ehe herausstrebenden Teil trotz ihrer unheilbaren Zerrüttung an den durch die Ehe begründeten Pflichten festzuhalten." 3)

Welche Bedeutung diese Aussage für den vierten Senat hatte, erläutert ein Mitglied in erschreckender Weise:

"Indem das Gesetz letztlich fast allgemein darauf abstellt, ob im Einzelfall die Lösung der Ehe sittlich gerechtfertigt ist ... beschränkt es den Richter nicht auf die Feststellung des Tatbestandes, sondern gibt ihm die Macht und Verantwortung der freien Entscheidung." 4)

Das Reichsgericht bewegte sich bei der Auslegung des Begriffes "sittlich" zwischen zwei sich gegenüberstehenden Ausgangspunkten: Mal betonte es das Regel-Ausnahme-Verhältnis des § 55, mal legte es den Schwerpunkt aber auch auf die vorrangigen "völkischen Belange" gegenüber den privaten Interessen. Einerseits verkündete es, der sittliche Grundgedanke des § 55 [5] rechtfertige grundsätzlich die Scheidung zerrütteter Ehen, d. h. der Widerspruch sei regelmäßig unbeachtlich, andererseits hieß es aber auch unter Bezugnahme auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis, die

1) RG Seuff A Bd. 98 Nr. 15 und öfter
2) Z. B. für §§ 53, 54 in RGZ 164, 380 (382) und zu § 49 in RGZ 170, 195 (198)
3) RGZ 160, 144 (147)
4) Frantz, DR 1941, 1029
5) Seuff A Bd. 98 Nr. 15

Aufrechterhaltung zerrütteter Ehen sei nur in Ausnahmefällen sittlich zu rechtfertigen.

Die im Mittelpunkt dieser nationalsozialistischen Rechtsprechung stehende Auffassung, das Scheidungsrecht des § 55 als politisches Durchsetzungsmittel zu verwenden, führte zwangsläufig zu dem Durcheinander der Argumentation. Unabhängig von der jeweiligen Formulierung, kam das Gericht in der Frage der Lösung zerrütteter Ehen zu gleichen Resultaten. [1)]

Wurde bereits zur Rechtsprechung der Weimarer Republik ausgeführt, daß der Begriff "Sittlichkeit" nicht näher erläutert bzw. stillschweigend in religiös-moralischem Sinn aufgefaßt wurde, so erhielt dieser Begriff nun eine gänzlich andere Bedeutung: "Sittlich" hieß nunmehr soviel wie "völkisch-sittlich". [2)] Als sittlich war alles das anzusehen, was den "Belangen der Volksgemeinschaft" von Nutzen war, kurz ausgedrückt: "Volksinteresse" und "höhere Sittlichkeit" wurden gleichgesetzt. [3)] Ein Schlagwort der damaligen Zeit sagte: "Recht ist was dem Volke nützt." Man könnte das umformen zu: "Sittlich ist was dem Volke nützt." [4)]

(2) Die "richtige Würdigung des Wesens der Ehe"

Für die sittliche Rechtfertigung der Aufrechterhaltung einer Ehe wurden zwei Bewertungskriterien vom Gesetz genannt: Die "richtige Würdigung des Wesens der Ehe", § 55 II 2 und das Verhalten

---

1) Dazu Daut, aaO S. 100 f
2) RGZ 166, 191 f; Frantz, aaO S. 1030
3) Dazu Daut, aaO S. 101; Amtliche Begründung DJ 1938, 1102 (1107): "Denn für den nationalsozialistischen Staat liegt der tiefste Sinn der Ehe außerhalb der Individualinteressen der Ehegatten ... sondern in der Bedeutung der Ehe für Bestand und Gesundheit des deutschen Volkes."
4) Daut, aaO

der beiden Ehegatten. Den letzten Gesichtspunkt beachtete das Reichsgericht, angesichts der Bedeutung der "richtigen" Bewertung der Ehe im nationalsozialistischen Sinne, nicht. Die Ansicht des Gerichts vom Wesen der Ehe entsprach völlig der der nationalsozialistischen Führung.

"Danach ist die Ehe die staatlich geordnete, auf gegenseitiger Liebe, Achtung und Treue beruhende allseitige Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau zum Zwecke des Fortbestehens des Volkes und seiner Eigenart." 1)

Es fällt hier deutlich auf, daß das Wesen der Ehe nichts mehr von der "höheren und sittlichen Ordnung" verkörpert, sondern als eine ganz realistische, durch das gegenseitige Einvernehmen der Gatten bestimmte Gemeinschaft, die den Zweck (Aufgabe) hat, erbgesunde Kinder dem Volke zu schenken, aufgefaßt wird. Die Ehe hatte die Aufgabe, Keimzelle für das Volksganze zu sein. 2) Daraus folgte, daß der Staat an zerrütteten Ehen, in denen die Gatten schon jahrelang getrennt waren, kein Interesse hatte, also: "Ehen dieser Art zu scheiden ist sittlich gerechtfertigt." 3)

(3) Die Aspekte des Reichsgerichts für die Auflösung oder Aufrechterhaltung von Ehen

Im folgenden sollen einige Aspekte aufgezeigt werden, die für die reichsgerichtliche Rechtsprechung bei der Beurteilung der Beachtlichkeit des Widerspruchs des beklagten Ehegatten bestimmend waren. Sie zeigen in beispielhafter Weise die Ausrichtung

---

1) WarnR 1940 Nr. 113; dazu auch Lauterbach, ZAkDR 1938, 728 (729)
2) WarnR 1940 Nr. 51
3) RGZ 160, 144 (146 f); zu weiteren Einzelheiten Daut, aaO S. 106 ff

der Rechtsprechung am nationalsozialistischen Ehebild und an den bevölkerungspolitischen Zielen.

Als Leitsatz für die Beachtlichkeit des Widerspruchs sind die Ausführungen des Vorsitzenden des Familienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht, Mößmer, aufzufassen: [1]

"Nicht zu beachten, weil sachlich unbegründet, ist der Widerspruch, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt, d. h. mit dem Sittengesetz der nationalsozialistischen Weltanschauung, mit dem völkischen Denken und Fühlen und mit den Zielen der Staatsführung des Dritten Reichs nicht vereinbar ist."

Eine Durchsicht der Rechtsprechung zu § 55 läßt sechs große Entscheidungsaspekte erkennen, in die man die Entscheidungen einteilen kann: [2]

(a) Der Aspekt der neuen wertvollen Ehe (Kindersegen)

Der Widerspruch war dann unbeachtlich, wenn die alte Ehe der Begründung einer neuen, den völkischen Erfordernissen entsprechenden Ehe hinderlich im Wege stand und so die Schaffung einer neuen echten Keimzelle der Volksgemeinschaft verhinderte. [3]

Da bevölkerungspolitisch ein reicher Kindersegen erwünscht war, vertrat auch der vierte Senat, daß der Hauptzweck einer Ehe sei, der Volksgemeinschaft erbgesunden Nachwuchs zu schenken. [4] So war man daran interessiert neue Ehen zu ermöglichen, wenn aus der neuen Ehe Nachwuchs zu erwarten war. [5] Von Ge-

---

1) Mößmer, ZAkDR 1939, 292 (293)
2) Dabei ist zu beachten, daß die Gesichtspunkte sich öfters überschneiden können.
3) Danielcik, aaO S. 2869; Breustedt, Diss., S. 49 ff (53 f)
4) RG WarnR 1940 Nr. 15; Nr. 126; auch schon RG WarnR 1938 Nr. 89; auch RGZ 159, 111 (114)
5) Z. B. RG WarnR 1942 Nr. 49

wicht war dann "die biologische Lage des Volkes und die sich daraus ergebenden Notwendigkeiten." [1]

Entsprechend förderte der Senat, daß alte Ehen, die für den Staat "wertlos" geworden waren, aufgelöst wurden, um wertvollere Ehen zu schaffen. [2] Eine zerstörte Ehe sollte grundsätzlich geschieden werden, weil sie "für die Volksgemeinschaft keinen Zweck hat, in der Regel sogar nur eine Belastung für sie bedeutet." [3]

"Vom völkischen Standpunkt aus ist das entscheidende Gewicht darauf zu legen, daß die zur hohlen Form herabgesunkene Ehe nutzlos Kräfte bindet und verzehrt, die bei Trennung der Ehe der Allgemeinheit zugute kommen können." 4)

(b) Der Aspekt der völkisch unerwünschten Ehe

Der Widerspruch des beklagten Ehegatten war selbstverständlich dann unerheblich, wenn sich die Gelegenheit bot, völkisch unerwünschte Ehen zu scheiden, die sich mit den nationalsozialistischen Grundsätzen nicht vereinbaren ließen. Keiner weiteren Erörterung bedarf es, daß sog. Mischehen zwischen Juden und Nichtjuden schnell geschieden wurden, denn die Volksgemeinschaft hatte an ihnen kein Interesse. [5]

---

1) RG DR 1944, 341
2) RGZ 160, 144 (146 f); ebenso Danielcik, aaO; Lauterbach, ZAkDR 1939, 378 (379); Mößmer, aaO S. 294
3) RG IV 389/39 Urt. v. 6.1.1940 zit. b. v. Scanzoni, DR 1940, 753 (756 f); auch RGZ 162, 44 (47)
4) RGZ 162, 44 (47); auch RG IV 310/39 Urt. v. 29.1.1940 zit. b. v. Scanzoni, aaO; auch RG DR 1939, 382 (383)
5) RG WarnR 1940 Nr. 55; Nr. 168; auch OLG Breslau DR 1940, 577; dazu Breustedt, aaO S. 55 ff

(c) Der Aspekt der Legalisierung außerehelicher Beziehungen

Der Senat beachtete den Widerspruch der beklagten Ehefrau dann nicht, wenn es möglich war, bereits vorhandene ehebrecherische Beziehungen in "völkisch wertvolle" Ehen umzuwandeln:

"Ein sehr wesentlicher Zweck des § 55 EheG" sei es "die für die Allgemeinheit nützliche Überführung ehebrecherischer Verhältnisse in ordnungsgemäße und nicht selten in für das Volk wertvolle Ehen" umzuwandeln. 1)
"Staat und Volk haben ein Interesse daran, daß das Sitte und Anstand zuwiderlaufende lose Zusammenleben des Klägers und der E. in die gesetzliche Form der Ehe überführt wird, besonders aber, daß dadurch zugleich die unehelichen Kinder 2) des Klägers die Stellung ehelicher Abkömmlinge erwerben. Das Interesse der Allgemeinheit hieran ist so hoch zu bewerten, daß demgegenüber die für die Aufrechterhaltung der bisherigen Ehe sprechenden Erwägungen zurücktreten müssen. Die Härten, die eine solche Beurteilung für die Beklagte mit sich bringt, müssen von ihr hingenommen werden." 3) 4) 5)

Dieses Bestreben, ehebrecherische Verhältnisse unter Bekundung des Interesses des Volkes in gesetzeskonforme umzuwandeln, ist eigentlich verwunderlich, denn in das Ehegesetz von 1938 war neu der § 9 aufgenommen, der ein Eheverbot für Part-

---

1) RG IV 154/39 v. 21.9.1939 zit. bei v. Scanzoni, aaO S. 761 mwN; auch RGZ 159, 305 (310); RG DR 1940, 1362
2) Hervorhebungen nicht im Urteil
3) RG DR 1940, 1772; zuerst RGZ 159, 306 (310)
4) Die Ehe hatte 25 Jahre bestanden, drei Kinder hervorgebracht, der Mann hatte seine Frau im Laufe der Ehe zweimal mit Tripper angesteckt. Sogar nach Ansicht des Gerichts hatte die Frau "ihre Pflichten in der Ehe auch der Allgemeinheit gegenüber in anerkennenswerter Weise erfüllt." Zur Zeit des Urteils war die Frau nahezu 47 Jahre alt.
5) Dieses Urteil zeigte wie viele andere, daß der Senat auf "Härten", die den Ehefrauen nach der Scheidung aus Altersgründen oder aus wirtschaftlichen Gründen entstanden, wegen des "bevorzugten Volksinteresses" wenig gab. So auch z. B. in RGZ 160, 15 (18); RG WarnR 1940 Nr. 51. Auch hier wurde die Frau wieder benachteiligt.

ner eines Ehebruchs aussprach! [1] Aber was spielte eine Norm schon für eine Rolle, wenn es um das "wohlverstandene Volksinteresse" ging, zumal der Richter nach Aussage eines Senatsmitglieds (s. o.) die Macht und Verantwortung der freien Entscheidung hatte und sich nicht auf den vorliegenden Tatbestand beschränken mußte!

(d) Der Aspekt des Alters der Ehegatten

Sehr bedeutsam für die Beachtlichkeit des Widerspruchs war der Altersaspekt. Unter dem Gesichtspunkt, neue Ehen zu schaffen, die wieder für gesunden Nachwuchs sorgen würden, wurde das Alter der zu scheidenden Ehegatten, aber auch das eines evtl. neuen Ehegatten genau differenziert:

Aus diesen Gründen hatte der Senat wenig Interesse an der Absicht der Wiederverheiratung eines älteren Mannes, da hier "regelmäßig" nicht mehr mit Nachwuchs zu rechnen sei, die Aussichten auf Nachkommenschaft waren zu gering. In solchen Fällen hatte dann der Widerspruch der beklagten Ehefrau größere Aussichten auf Anerkennung. [2] Entsprechend unbeachtlich blieb ein Widerspruch dann, wenn es sich um einen jüngeren Mann handelte. [3]

Sehr interessant ist das Verhalten des Senats bei der Rechtsprechung zu § 55 in den Fällen, in denen die Frau älter ist als der Mann. Ehen dieser Natur hatten sehr wenig Aussicht darauf vor dem Senat Verständnis zu finden. Altersunterschiede von sechs Jahren und mehr wurden als "regelwidrig", "erfahrungs-

1) Daut, Diss., S. 105
2) Zustimmend Mößmer, aaO S. 294
3) Mößmer, aaO

gemäß ehegefährdend", "naturwidrig" und von vornherein ehegefährdend angesehen. [1] Bald darauf wurden aber auch Ehen mit einem Altersunterschied von nur 3 bis 4 Jahren in diesem Sinne bezeichnet. [2]

(e) Der Aspekt des positiven Beitrags zur Ehe

Besondere Beachtung fand beim Reichsgericht der Widerspruch einer Ehefrau, die "einen erheblichen positiven Beitrag" zur Ehe geleistet hatte, z. B. für den Kläger oder für gemeinsame Belange. Hierzu zählte auch besonderer Kinderreichtum.

Der Widerspruch gem. § 55 II S. 2 einer kinderreichen Ehefrau hatte anfänglich wenig Aussicht auf Erfolg, wenn die zu erwartende neue Ehe des Klägers bevölkerungspolitisch erwünscht war. [3] Später änderte der Senat dazu aus ideologischen Gründen seine Ansicht und erklärte, daß kinderreiche Mütter ihre Aufgaben für die Allgemeinheit in besonderem Maße erfüllt haben und entsprechende Anerkennung und Schutz verdienen, sie seien deshalb im Alter vor Sorgen zu behüten. [4] Eine kinderreiche Frau galt nunmehr "als Trägerin der völkischen Zukunft". [5] Es ist hier klar erkenntlich, wie beliebig austauschbar die Argumente für die "sittliche Rechtfertigung" einer Scheidung oder Aufrechterhaltung einer Ehe sind! Das, was gerade aus ideologischen und

---

1) RGZ 160, 140 (143); RG WarnR 1940 Nr. 10 (18 Jahre) und Nr. 99 (14 Jahre)
2) RG DR 1940, 289 (290); RG WarnR 1939 Nr. 137 (3 Jahre); 1941 Nr. 138 (4 Jahre); RG SeuffA 98 Nr. 15 (7 Jahre); RG SeuffA 95 Nr. 32 (4 Jahre), die beiden letzten Entscheidungen behandeln Klagen, die ohne Scheidung endeten.
3) RG DR 1940, 1141; RG WarnR 1940 Nr. 54
4) RG DR 1940, 1478
5) RG DR 1940, 1450; auch RG DR 1939, 630 f; RGZ 164, 155 (157); RG WarnR 1940 Nr. 125; RG DR 1942, 86 f

politischen Gründen opportun ist, wird, wenn eine Rechtsprechung sich in den Dienst einer Macht stellt, in die betreffende Norm hineininterpretiert.

(f) Der Aspekt volkswirtschaftlicher Belange

Schließlich kamen neben den bevölkerungspolitischen Gesichtspunkten auch volkswirtschaftliche hinzu. Durch eine zerrüttete Ehe, die durch Streitereien den Mann unglücklich machen würde, gehe dem Volk die "volkswirtschaftlich gebotene Ausnutzung der Schaffenskraft des Klägers" verloren. [1)]

Hier ist nun in extremer Weise die Institution der Ehe von der die beiden Ehegatten betreffenden Sphäre restlos in den Dienst der nationalsozialistischen Ideologie gestellt worden.

Beachtet wurde auch die künftige wirtschaftliche Stellung der Frau nach der Scheidung. War sie noch jung, so blieb der Widerspruch diesbezüglich unbeachtlich, da sie sich selbst versorgen könne. Ihre wirtschaftliche Versorgung blieb auch dann unbeachtlich, wenn die neue Ehe des Mannes Kindersegen versprach. [2)]

Anders jedoch dann, wenn noch mehrere erziehungsbedürftige Kinder zu versorgen waren. In diesem Fall war man der Ansicht, der Mann habe seine Wünsche zurückzustellen und sich und seine Arbeitskraft der Mutter und den Kindern zur Verfügung zu stellen. [3)]

---

1) RG ZAkDR 1939, 384
2) RG ZAkDR 1939, 239
3) RG DJ 1939, 801

Stellungnahme

Betrachtet man die Verwirklichung der nationalsozialistischen Eheauffassung im Rahmen des Scheidungsrechts anhand der Anwendung des in § 55 EheG verwirklichten Zerrüttungsprinzips, so muß man sich vergegenwärtigen, daß mit Ausnahme der §§ 48, 53 (Verweigerung der Fortpflanzung und Unfruchtbarkeit), das Scheidungsrecht des Ehegesetzes von 1938 trotz nationalsozialistischer Herkunft eine legislative Kontinuität aufweist, im Grunde genommen die konsequente Verwirklichung langjähriger und überfälliger Reformen darstellte. [1)]

Die Ursache für den dennoch nationalsozialistischen Charakter der Rechtspraxis lag nicht im Gesetz direkt begründet: Entwicklungen wie die Veränderung des Zerrüttungsgedankens und die Benutzung von Regelungen wie §§ 37, 55 zur Verwirklichung nationalsozialistischer Rechtspolitik haben ihre Ursache vor allem in der Häufung von Generalklauseln und unbestimmten Begriffen. [2)]

Die Anwendung des § 55 läßt zwei Leitsätze der Rechtsprechung erkennen: Im Vordergrund stand nicht mehr der individuelle Anspruch der Ehegatten, sondern das völkische Interesse. Nach der Auffassung des Reichsgerichts mußten zerrüttete Ehen grundsätzlich geschieden werden, und zwar nicht aus Gründen, die innerhalb der Ehe oder der Ehegatten vorlagen, sondern aus der Ansicht, solche Ehen seien für die Allgemeinheit wertlos. Nicht die (viel berufene) Sittlichkeit, sondern der Zweck war entscheidend.

Weiterhin war das Verhältnis des Scheidungsantrages zur Beachtlichkeit des Widerspruchs als ein strenges Regel-Ausnahme-

---

1) Kühn, Diss., S. 85
2) Dieser Frage soll an abschließender Stelle nachgegangen werden.

Prinzip verstanden worden. Als ein rechtspolitisches Instrument aufgefaßt, sollte § 55 zur "grundsätzlichen" Auflösung zerrütteter Ehen führen. Dennoch wurde dies vom Reichsgericht nicht konsequent durchgeführt, sondern eine Reihe von rechtspolitischen Erwägungen aller Art durchbrachen diesen "Grundsatz", um zum jeweilig gewünschten Ziel zu gelangen.

Der Sittlichkeitsbegriff der nationalsozialistischen Rechtsprechung hatte nichts mit dem gemein, was allgemein unter Begriffen von "Sitte", "Sittengesetz", "Sittenordnung" verstanden wird. Mit Recht bezeichnen Daut und Rüthers den Inhalt dieses Sittlichkeitsgedankens als "bevölkerungspolitischen Utilitarismus" oder als ein "rein biologisches Zweckdenken". [1] So nannte der vierte Senat des Reichsgerichts sein rein politisches Zweckdenken als "sittlich", was einer Pervertierung dieses Ausdrucks gleichkam. Dabei kann prinzipiell gegen eine utilitaristische Betrachtungsweise nichts eingewandt werden. Auch in familienpolitischer Hinsicht ist gegen eine utilitaristische Auffassung (z. B. zur Erhöhung der Geburtenziffer) nichts einzuwenden. Aber: Utilitaristisches Denken mit Geboten der Sittlichkeit zu begründen, läßt deutlich werden, welche Vergewaltigung von sittlichen Normen und Auffassungen in dieser Zeit geschehen konnte. [2]

---

1) Daut, aaO S. 129 ff; Rüthers, Rechtsdenken S. 26
2) Dazu ausführlich Daut, aaO

> Alle Usurpatoren, Diktatoren, Eroberer der Weltgeschichte haben rasch genug das Verlangen gehabt und es meisterhaft verstanden, ihr Tun mit einer Zielformel wie "Staatswohl", "Sicherheit und Ordnung", "Gerechtigkeit" oder dergleichen in Verbindung zu bringen. Aber gerade das deckt, über die Zeiten und Völker hinweg, die äußerste Gefahr der Generalklauseln auf. Wo eine übergeordnete Macht Generalklauseln setzt und unabhängige Richter die Klauseln handhaben, bleiben die Klauseln trotz ihrer großen Beweglichkeit Maßstäbe. Wenn aber der Staat als oberste Macht selbst die Generalklauseln für sein eigenes Verhalten setzt, fließt der Beweglichkeitsfaktor mit dem Machtfaktor in Eins zusammen, die Generalklausel hört auf Maßstab zu sein und wird zur einseitig und unkontrollierbar zu führenden Waffe.
>
> J. W. Hedemann

VIII. Zur Bedeutung der Generalklauseln im Nationalsozialismus und Zusammenfassung

Ausgangspunkt für jede Betrachtung der Rechtsentwicklung in den Jahren 1933 - 1945 muß immer die Auffassung der nationalsozialistischen "Ideologie" von der Bedeutung des Rechts sein: Das Recht war ein Mittel zum Zweck, ein Kampfmittel zur Durchsetzung und Erhaltung der Macht im Staate. Dazu gehörte das Verständnis des Juristen, speziell des Richters, als eines Helfers des Führers bei der Erlangung und Festigung der Macht; die Tätigkeit des Richters wurde als politische Aufgabe angesehen.

Innerhalb dieser Auffassung wurde der Ehe eine wichtige Funktion beigemessen. Sie war nunmehr die "Keimzelle des Staa-

tes", und hatte zur Verwirklichung des "Tausendjährigen Reiches" der Herrenmenschen grundlegend beizutragen. Die Ehe hatte die Aufgabe, die nordische Rasse zu vermehren und sie vor allem reinzuhalten (Auflösung und Verhinderung von Mischehen). In der Ehe hatte nach nationalsozialistischer Auffassung die althergebrachte Rollenverteilung von Mann und Frau zu herrschen, der Mann als Kämpfer in der Welt, die Frau als Hüterin des deutschen Hauses und der Kinder. Andererseits kannte man aber auch keine Bedenken - je nach Notwendigkeit - die Frau zur härtesten Arbeit beim Aufbau des Reiches heranzuziehen.

Die Verwirklichung nationalsozialistischer Eheauffassung wurde in den ersten Jahren mit dem vorhandenen Eherecht des BGB versucht, denn erst ab 1938 gab es ein von den Nationalsozialisten geschaffenes Ehegesetz, das, von den Besonderheiten zweier Normen (§§ 48, 53) abgesehen, eine eindeutige legislative Kontinuität aufweist, also nur eine lange überfällige Reform vollzog. Eine Beurteilung der Rechtsprechung der folgenden Jahre hat von einem - ganz überwiegend - nicht "typisch" nationalsozialistischen Gesetz auszugehen. Die Verwirklichung der nationalsozialistischen Eheauffassung und Ziele muß somit über bestimmte Mechanismen möglich gewesen sein, so daß eine entsprechende - eigens geschaffene - Rechtsgrundlage sich erübrigte.

An dieser Stelle erhalten die Generalklauseln, die unbestimmten Begriffe, die dehnbaren Tatbestandsgestaltungen ihre große und entscheidende Bedeutung: Zur Verwirklichung einer neuen Rechtsidee war ein neues - diese Idee verkörperndes - Gesetz gar nicht nötig, denn das Vorhandensein bzw. der Einbau einiger Generalklauseln in die gesetzliche Grundlage genügten völlig unter der Voraussetzung, daß die Rechtsanwendung sich um die Durchsetzung der neuen Idee bemüht.

Die nationalsozialistische Rechtsauffassung hatte den Generalklauseln von Anfang an eine besondere Bedeutung in Erkennung

ihrer Möglichkeiten beigemessen. Noch im Jahre der Machtergreifung warnte Hedemann in seiner kritischen Schrift "Die Flucht in die Generalklauseln" vor ihren möglichen negativen Auswirkungen. Seine Warnung, Generalklauseln würden zur Rechtsunsicherheit, Disziplinlosigkeit und Willkür führen, mußte jedoch zu dieser Zeit bereits ohne Wirkung bleiben. Es ging hierbei nun nicht mehr um das abstrakte Problem der Generalklauseln, es ging jetzt um das ganz grundsätzliche Verhältnis des Nationalsozialismus zum überkommenen Privatrecht. Bereits 1933 hatte Lange sich für eine Umgestaltung des Privatrechts ausgesprochen, bald darauf begannen auch schon die Arbeiten an einem "Volksgesetzbuch". In der richtigen Erkenntnis der Bedeutung der Generalklauseln für die nationalsozialistischen Rechtsziele hatte er sie als "Kuckuckseier im liberalistischen Rechtssystem" bezeichnet. [1)]

Herkömmlicherweise waren die Generalklauseln von den Verfassern des BGB dazu gedacht, als Korrektiv zu wirken, d. h. gegebene Grundgedanken des Gesetzbuches dem Wandel und Wechsel der Bedürfnisse und Anschauungen einer bürgerlichen Verkehrsgesellschaft anzupassen. [2) 3)] Im Nationalsozialismus unterlagen sie einer gänzlich anderen Betrachtungsweise: Nunmehr wurden sie als die "Einbruchstellen" des neuen Rechtsdenkens in das alte Gefüge begrüßt, [4)] sie sollten während der Übergangszeit die wichtige Aufgabe erfüllen, dem neuen Geist auch ohne Ände-

---

1) Lange, Liberalismus S. 5
2) Thoss, Bindung S. 28
3) "Bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes darf indessen unbedenklich darauf vertraut werden, daß die Vorschrift im ganzen und großen nur in dem Sinne angewendet werden wird, in dem sie gegeben ist", Motive, I S. 211 f zu § 138 BGB
4) Lange, Schuldrecht S. 42; ders., Liberalismus S. 5; ders., Generalklauseln, JW 1933, 2858 f; Larenz, ZHR 100, 381

rung des Gesetzestextes Rechnung zu tragen. [1] Gefahren konnten die Generalklauseln nicht bedeuten, da dies der Geist des Nationalsozialismus verhindern würde: Sätze wie "Du bist nichts, Dein Volk ist alles" oder "Gemeinnutz geht vor Eigennutz" waren Richtschnur für die Generalklauseln. [2]

"Heute nun hat sich der Inhalt derartiger genereller Bestimmungen durch die Einheit der weltanschaulichen Grundlagen gefestigt, und gleichzeitig ist damit die Bedeutung dieser Generalklauseln erheblich gestiegen." 3)

Für Hubernagel ließ sich die Gefahr der Generalklauseln, die er durchaus sah, durch die von dem nationalsozialistischen Gesetzgeber so sehr geschätzten Vorsprüchen, Präambeln und Grundregeln, bannen. Sie würden dem Richter einen Anhalt für die Auslegung geben. [4]

Schon 1934 äußerte sich Carl Schmitt in seiner für die weitere Entwicklung grundlegenden Schrift "Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens" anläßlich des Verhältnisses Nationalsozialismus-Privatrecht zu den Generalklauseln. Das herkömmliche Rechtsdenken, ein Entscheidungs- und Gesetzesdenken, typisch für das individualistisch-liberale Rechtsdenken der überkommenen bürgerlichen Gesellschaft, sollte im Nationalsozialismus durch ein "konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken" ersetzt werden. Dieses neue Denken richte sich nur noch am Interesse des Volksganzen aus. [5] Um zu diesem Ziel zu gelangen, sollten nach Schmitt die Generalklauseln und Verweisungen auf außergesetzliche Maßstäbe und Vorstellungen die geeigneten Mittel sein, [6] die in einem jede positivistische "Sicherheit" aufhebenden Umfange im Vordringen begriffen waren.

---

1) Larenz, aaO
2) Lange, Schuldrecht S. 44
3) Siebert, Volksgemeinschaft S. 965
4) Hubernagel, Generalklauseln S. 971
5) Schmitt, Denken S. 29 - 40, 58
6) Schmitt, JW 1934, 713 (717)

"Sie (die Generalklauseln) enthalten einen Verzicht auf die Grundlage des Positivismus, nämlich die in der Normierung selbst enthaltene, ablösbare, gesetzgeberische Dezision." 1)

Klar stellt er heraus:

"Sobald Begriffe wie "Treu und Glauben", "gute Sitten" usw. nicht auf die individualistische bürgerliche Verkehrsgesellschaft, sondern auf das Interesse des Volksganzen bezogen werden, ändert sich in der Tat das gesamte Recht, ohne daß ein einziges "positives" Gesetz geändert zu werden brauchte. Ich bin deshalb der Überzeugung, daß sich in diesen Generalklauseln eine neue juristische Denkweise durchsetzen kann. Doch dürfen sie dann nicht als bloßes Korrektiv des bisherigen Positivismus, sondern müssen als das spezifische Mittel eines neuen rechtswissenschaftlichen Denktypus gehandhabt werden." 2)

Im gleichen Jahr, an anderer Stelle, gab er eine genaue "Anleitung" wie die neue Rechtsauffassung durch die Generalklauseln zu verwirklichen sei:

"Das gesamte heutige deutsche Recht, einschließlich der weiter geltenden, positiv nicht aufgehobenen Bestimmungen, muß ausschließlich und allein vom Geist des Nationalsozialismus beherrscht sein ... Jede Auslegung muß eine Auslegung im nationalsozialistischen Sinne sein ... Alle unbestimmten Begriffe, alle sog. Generalklauseln sind unbedingt und vorbehaltlos im nationalsozialistischen Sinne anzuwenden ..., und wie alle diese Formeln lauten, (sie) sind ausnahmslos aus nationalsozialistischem Geist an der Hand der Sätze des nationalsozialistischen Parteiprogramms in den Entscheidungsgründen der Urteile anzuwenden und darzulegen." 3)

Die grundlegenden Ausführungen Schmitts weisen nachdrücklich auf die besonderen Funktionen hin, die Generalklauseln erfüllen können. Ihre inhaltliche Unbestimmtheit führt entsprechend zu einer großen Vielfalt der Anwendungsmöglichkeiten. 4) So lassen sich nach Hubernagel 5) die verschiedensten Funktionen feststellen, die, obwohl aus nationalsozialistischer Zeit stammend, sich

---

1) Schmitt, Denken S. 58
2) Schmitt, aaO S. 59
3) Schmitt, JW, aaO
4) Class, Generalklausel S. 124; Rüthers, Auslegung S. 261 f
5) Hubernagel, aaO S. 970 ff

im Kern mit den Aussagen moderner Untersuchungen wie z. B. der Arbeit Wieackers zu § 242 BGB decken. [1]

Als erstes sei die Anpassungsfunktion genannt. Darunter ist zu verstehen, daß die Generalklauseln besonders dafür geeignet sind, veränderte Sachverhalte, veränderte Wertvorstellungen aufzufangen und zu einer Anpassung mit dem vorhandenen Normgefüge zu führen. [2]

Mit Gerechtigkeitsfunktion sei die Eigenschaft von Generalklauseln genannt, Entscheidungen anzupassen, die zwar formal mit dem Normgefüge übereinstimmen, die aber evtl. aufgrund veränderter Situationen dem Gerechtigkeitsempfinden widersprechen.

Dadurch, daß manche Materien sich nicht abschließend regeln lassen, können Lücken im Recht entstehen, die die Generalklauseln auszufüllen vermögen, hier also die Lückenfunktion.

Als letzter der von Hubernagel geprägten Begriffe sei hier die Rechtsschöpfungsfunktion genannt, die schon als legislative Funktion bekannt ist: Die Möglichkeit, bislang unbekannte Sachverhalte durch entsprechende Neuregelungen zu meistern.

Überblickt man die vier genannten Funktionen, so fällt auf, daß sie sich voneinander nicht genau trennen lassen, daß sie sich überschneiden. Dies erscheint symptomatisch für die Generalklauseln: In ihrer Unbestimmtheit sind sie für eine solche Vielzahl von Fällen anwendbar, daß sich im einzelnen die Bedeutung ihrer Anwendung aufs verschiedenste deuten läßt.

Entscheidend für die Anwendung der Generalklauseln im Nationalsozialismus ist jedoch noch eine weitere Funktion die sog.

---

1) Rüthers, aaO S. 215

2) Diese Funktion wird auch als Korrektivfunktion bezeichnet, wegen ihrer kulturfördernden und -schützenden Eigenheit nennt Hubernagel sie auch Kulturfunktion, S. 970

Fensterfunktion, wie sie von Rüthers zurückgehend auf Windscheid genannt wird. [1] Gemeint ist damit - in Form eines sehr bildhaften Vergleiches - folgendes: Ändert sich die soziale Umwelt, entsteht eine neue Weltanschauung, ein neues Wertsystem (z. B. der Nationalsozialismus), so kann sich das neue System des alten Normgefüges bedienen, wie Rüthers in seiner Habilitationsschrift ausführlich nachgewiesen hat. Ein neues - entsprechendes - Gebäude ist zur Durchsetzung der neuen Anschauungen nicht nötig. Hier kann sich das neue System der Generalklauseln bedienen. Die neue Idee, die sich durchsetzen will, kann dieses durch die Generalklauseln erreichen:

"Diesem Verlangen kommen die Generalklauseln mit ihrer Verweisung auf die jeweils in der Gesellschaft geltenden Wertvorstellungen entgegen. Wie große Fenster eines Hauses lassen sie das Licht des neuen Wertbewußtseins in das alte, überlieferte Normengebäude ein. Eine Inhaltskontrolle dessen, was da einfällt, ist in den Generalklauseln nicht vorgesehen. Das einzige Kriterium der rechtlichen Anerkennung ist die soziale Geltung und allgemeine Anerkennung als Wertmaßstab." 2)

Während der Geltung des alten Eherechts versuchte die reichsgerichtliche Rechtsprechung - im Gegensatz zu den Instanzgerichten - Zurückhaltung den radikalen nationalsozialistischen Ansichten und Zielen gegenüber zu üben. Der zunehmende Druck des neuen Systems auf alle Bereiche des täglichen Lebens und die Spruchkörper des Reichsgerichts sowie das neue Eherecht mit einer Reihe von Generalklauseln ließen es nicht verhindern, daß auch das Reichsgericht zu einem Nachgeben bereit sein mußte. Die Rechtsprechung des vierten Senats in den Jahren von 1939 - 1945 ist als eindeutig nationalsozialistisch zu bezeichnen.

Das Gesetz war nun durchsetzt von Formulierungen wie "Wesen der Ehe", "richtige Würdigung", "sittliche Rechtfertigung" und

---

1) Rüthers, aaO S. 262 ff
2) Rüthers, aaO

Formulierungen, die auf "objektive Kriterien" hinausliefen. Bedeutsamstes Beispiel war § 55 EheG, in dem der lange geforderte Zerrüttungsgedanke zwar durchgesetzt war, jetzt aber in einer völlig neuen Bedeutung. Zerrüttet war eine Ehe nunmehr nicht, wenn sich die Eheleute auseinandergelebt hatten, sondern wenn die Ehe für das "völkische Interesse" keinen Wert mehr hatte. Das Zerrüttungsprinzip war zum rechtspolitischen Instrument geworden.

Gerechtfertigt wurden die rassenpolitischen Eheziele des Nationalsozialismus fast ausnahmslos durch "sittliche" Beweggründe. Diese aber waren nun nicht mehr an herkömmlichen Maßstäben zu messen, sondern an nationalsozialistischen Ideen, an "völkisch-sittlichen" Gedankengängen. Ein radikaler, biologisch-rassisch verbrämter Utilitarismus wurde in einer Zeit totaler Rechtsperversion hinter den Geboten der "Sittlichkeit" versteckt.

Generalklauseln wurden bereits als wertausfüllungsbedürftig bezeichnet: Dies geschah im Nationalsozialismus in negativster Weise durch die neue "Ideologie". Deutlich tritt auch das Merkmal des Kryptoarguments zutage: Hinter den generalklauselartigen Begriffen versteckt sich der eigentliche Beweggrund der Entscheidung, hier die nationalsozialistische Rechtsauffassung, die das Recht als Machtmittel verstand. In hohem Maße ist hinter den Entscheidungen dieser Zeit die Bedeutung der außernormativen Werte bei der Anwendung von Generalklauseln zu beobachten. Die legislative Wirkung der Generalklauseln läßt sich beispielhaft an der Praxis zu § 55 EheG verfolgen, der zu einem reinen Machtinstrument im Sinne der nationalsozialistischen Eheentwicklung verwandt wurde. Alle diese für die Generalklauseln typischen Eigenheiten sind in der Zeit des Nationalsozialismus beispielhaft zu erkennen.

Das Wesen der Ehe war unter dem Nationalsozialismus der denkbar größten Veränderung preisgegeben. Galt es noch in der

Weimarer Republik als unwandelbar, geprägt von althergebrachten Sitten- und Moralvorstellungen und als ein den Menschen entrücktes, übergeordnetes Ideal, so zeigte der Nationalsozialismus mit aller Deutlichkeit, daß der Begriff "Wesen der Ehe" als eine Generalklausel jedweder Veränderung unterliegt, daß er durchaus kein unangreifbares Dogma ist, sondern durchaus auch zu ganz realistischen und utilitaristischen Zielen verwandt werden kann. Spätestens in dieser Zeit wurde ganz klar herausgestellt: Es gibt kein "Wesen der Ehe" als eine feststehende, unangreifbare und ewig währende Institution. Wohl gibt es eine Reihe von Fixpunkten, die seit jeher und auch noch weiterhin für das Wesen der Ehe als essentiell zu bezeichnen sind, das Wesen der Ehe als feststehendes und unwandelbares Ideal gibt es jedoch nicht.

Fünfter Teil

Die Entwicklung in der Übergangszeit, 1946 - 1950

I. Die Rechtslage nach dem 2. Weltkrieg vor der Gründung der Bundesrepublik Deutschland

Nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Reichs und der bedingungslosen Kapitulation übten die Besatzungsmächte die Staatsgewalt nach innen und außen aus. Das Deutsche Reich hatte zwar nicht aufgehört zu existieren, es war jedoch nicht mehr handlungsfähig.

Durch die Berliner-Viermächte-Erklärung (5. 6. 1945) und das Potsdamer Abkommen (2. 8. 1945) wurden die oberste Regierungsgewalt der Alliierten und alle grundsätzlichen Neuregelungen festgelegt. Bereits am 14. 11. 1944 war aufgrund des Londoner Abkommens (und in Verbindung mit der Berliner-Viermächte-Erklärung) über die Kontrolleinrichtungen in Deutschland der Kontrollrat (KR) zur obersten Gewalt im besetzten Deutschland eingesetzt worden. Zu den bedeutsamsten Gesetzen des Kontrollrats gehören die Gesetze Nr. 1 (Abschaffung nationalsozialistischer Gesetze) und Nr. 16 (Ehegesetz).

Von 1946 - 1950 waren die Oberlandesgerichte die alleinigen Träger der höchstrichterlichen Rechtsprechung in den jeweiligen Besatzungszonen.

II. Das Ehegesetz 1946 (KRG Nr. 16)

Das vom Kontrollrat am 20. 2. 1946 erlassene und am 1. 3. 1946 in Kraft getretene Ehegesetz, das das Ehegesetz von 1938 aufhob und an dessen Stelle trat, zeigte dreierlei Tendenzen: Abschaffung nationalsozialistischer Bestimmungen, teilweise Rückkehr zum BGB und teilweise vorsichtige Fortbildung des bisherigen Rechts. [1] Daß keine grundlegende Reform des Eherechts erfolgen konnte, lag an den schwierigen Zeitverhältnissen. [2] Welche Bedeutung das Ehegesetz für große Bevölkerungsteile hatte, zeigte die Tatsache der rund 25.000 anhängigen Ehescheidungsklagen im Jahre 1946 alleine am Landgericht Berlin. [3] Vergleicht man die beiden Ehegesetze miteinander, so kann man feststellen, daß die Änderungen recht gering waren.

Der alliierte Kontrollrat strich eindeutig nationalsozialistisches Gedankengut, wie z. B. die §§ 48, 53 EheG 38, da gem. Art. III Ziff. 4 des Gesetzes Nr. 1 der Militärregierung die Auslegung deutschen Rechts nach nationalsozialistischen Lehren generell verboten war. [4] Die Änderungen konnten auch nicht grundlegender Art sein, da das Ehegesetz 38 kein typisches nationalsozialistisches Gesetz war, sondern wesentlich auf den langjährigen Reformarbeiten der zwanziger Jahre basierte und so eine legislative Kontinuität aufwies. [5]

War ein Merkmal des neuen Gesetzes die Abkehr von nationalsozialistischem Gedankengut, so war ein anderes Merkmal die vorsichtige Rückkehr zum BGB. Hierfür sei als Beispiel das Anfechtungsrecht genannt: Ursprünglich hieß es in § 1333 "persön-

---

1) Beitzke, DRZ 1946, 136 ff
2) Beitzke, aaO
3) Nehlert, JR 1947, 69 ff
4) vgl. dazu Nehlert, aaO; Beitzke, aaO
5) Nehlert, aaO

liche Eigenschaften", dann in § 37 EheG 38 "Umstände" und nunmehr in § 32 EheG 46 wieder "persönliche Eigenschaften". Entsprechend verhielt es sich mit der "verständigen Würdigung des Wesens der Ehe" (§ 1333 und in § 32 EheG 46) gegenüber der "richtigen Würdigung" in § 37 EheG 38.

Der größte Teil des Gesetzes wurde wortwörtlich übernommen, so auch der Zerrüttungstatbestand des § 55 EheG 38, der nunmehr als § 48 EheG 46 weiter gültig war. Zusätzlich zu seinen bisherigen beiden Absätzen wurde noch ein dritter Absatz zum Schutz von Ehen mit minderjährigen Kindern hinzugefügt. Beitzke sah durch diesen Zusatz im Gegensatz zu den sonstigen Änderungen "einen bemerkenswerten Ansatz zur Weiterbildung des Scheidungsrechts". [1] Damit wurde eine Regelung, die ursprünglich den bevölkerungspolitischen Zielen des Nationalsozialismus zu dienen bestimmt war, äußerlich unverändert in eine von ganz anderen Weltanschauungen bestimmte Epoche übernommen, und man kann mit einem Bild davon sprechen, daß der Kontrollrat neuen alliierten Wein in die Schläuche des nationalsozialistischen Gesetzgebers gießen wollte. [2] Dem neuen Ehegesetz wurde von den Alliierten keine Begründung mitgegeben, so daß zur Auslegung des § 48 EheG die neue Rechtslage so aussehen mußte, daß früheres Schrifttum und Rechtsprechungsergebnisse soweit gültig blieben, als sie nicht nationalsozialistische Lehren direkt oder indirekt vertraten. [3]

---

1) Beitzke, aaO
2) Rüthers, Auslegung S. 311
3) Graehl, Diss., S. 70

III. Die Rechtsprechung zum § 48 EheG 46 in der Übergangszeit, 1946 - 1950

Von 1946 bis 1950 waren die Oberlandesgerichte die alleinigen Träger der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Während sich das Reichsgericht [1] aufgrund der nationalsozialistischen Bevölkerungsziele sehr scheidungsfreundlich zeigte, schlug nach der Wiederaufnahme der Rechtsprechung das Pendel in die entgegengesetzte Richtung aus. Hatte noch das Reichsgericht zum Verhältnis von § 55 I zu § 55 II ausgeführt, daß grundsätzlich die Scheidung nach Absatz I die Regel und die Beachtlichkeit des Widerspruchs nach Absatz II die Ausnahme sei, so änderte sich das in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte entscheidend. Davon ausgehend, daß es sittlich nicht zu billigen sei, wenn bei vorliegendem Verschulden des Klägers dennoch geschieden werde, standen sie auf dem Standpunkt, daß die Beachtlichkeit des Widerspruchs "grundsätzlich" zu bejahen wäre, der Widerspruch nur ausnahmsweise ohne Wirkung bleiben könne, nämlich dann,

"... wenn im Einzelfall besondere Tatsachen vorliegen, welche die Scheidung der Ehe sittlich gerechtfertigt erscheinen lassen ..." 2) 3)

Damit war wiederum ein Regel-Ausnahme-Prinzip aufgestellt - nur in genau entgegengesetztem Sinn!

---

1) RGZ 160, 15 (18); 165, 149 (154)

2) OLG Hamburg SJZ 1946, 93; OLG Stuttgart ebd.; OLG Frankfurt SJZ 1946, 225 m. zust. Anm. Steidle; OLG Celle DRZ 1946, 191; OLG München SJZ 1947, 89 und 1948, 57; OLG Braunschweig MDR 1947, 152 und NJW 1947/48, 154 m. abl. Anm. Haff; OLG Tübingen DRZ 1947, 194; OLG Dresden NJ 1948, 229

3) Sehr ähnlich in dieser Zeit bezeichnenderweise die höchstrichterliche Rechtsprechung in Österreich, dazu mit weiteren Nachweisen Müller-Freienfels, Ehe und Recht S. 153 Anm. 6

Auch für diese Anschauung wurde das Wesen der Ehe bemüht. In seinem grundlegenden Urteil sprach das OLG Hamburg aus, daß ein Einzelfall, in dem der Widerspruch ausnahmsweise unbeachtlich sei, z. B. dann gegeben sein könne, wenn der widersprechende Ehegatte aus dem Wesen der Ehe fremden Gründen handle und der staatliche Eheschutz nicht zu rechtfertigen sei. Die Begründung ergab sich "rein logisch" aus dem Wortlaut, Abs. II sei eben ein Sonderfall des Absatz I, wobei sich aus dem Verhältnis von Satz 1 zu Satz 2 ergebe, daß die Beachtung des Widerspruchs "nur" die Regel sein könne. Aber auch in "sachlicher Hinsicht" würde eine andere Auslegung sittlichen Grundanschauungen widersprechen, es stünden schließlich Werte erster Ordnung auf dem Spiel.

Gegen dies Ansicht sprachen sich einige andere Oberlandesgerichte aus. [1] Sie stimmten darin überein, die frühere Ansicht des Reichsgerichts abzulehnen. Jedoch warnten sie davor, nun genau in das andere Extrem zu verfallen und ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Prinzip aufzustellen. Dafür wurden zwei Argumente angeführt: Zum einen spreche die unveränderte Übernahme des Gesetzes durch den Kontrollrat gegen einen grundsätzlichen Bedeutungswandel dahingehend, daß das Zerrüttungsprinzip sich nun auf die Fälle der beiderseitig unverschuldeten Zerrüttung beziehe. Zum anderen würde die regelmäßige Annahme des Widerspruchs der Regelung dieser Vorschrift ihre praktische Bedeutung nehmen, die schließlich Kernpunkt der Reform des Eherechts war.

Der Ansicht des OLG Freiburg schloß sich vor allem der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone an, [2] der sowohl die Ansicht des Reichsgerichts als auch die der Oberlandesgerichte

---

1) OLG Freiburg DRZ 1947, 339; OLG Braunschweig MDR 1949, 34; KG JR 1949, 116; OGH BrZ 1, 16 = SJZ 1948, 703 ff

2) OGH Z SJZ 1948, 703 ff

ablehnte. Nach seiner Gleichgewichtstheorie oder Mittelmeinung [1]

"ist vom Standpunkt der sittlichen Wertung aus weder der Satz aufzustellen, daß die Zerrüttung in der Regel trotz Verschuldens des klagenden Ehegatten zur Scheidung zwinge, noch umgekehrt der Satz, daß die Schuld des klagenden Gatten bei Widerspruch des Beklagten in der Regel trotz der Zerrüttung der Ehe das Scheidungsbegehren unbegründet mache. Vielmehr ist ohne solche Einschränkungen allein vom Standpunkt sittlicher Wertung aus im Einzelfalle unter Abwägung aller für und wider sprechenden Umstände zu entscheiden, ob schon der Zerrüttungstatbestand die Ehe trotz der Schuld des Klägers als sittlich nicht mehr tragbar erscheinen läßt oder ob es darüber hinaus noch besonderer Umstände bedarf, um dem schuldigen Gatten das Recht auf Scheidung zuzuerkennen."

Das Gericht akzeptiert dabei, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte eine einheitlichere Rechtsprechung hervorbringe, dennoch verzichtet es auf schematische und vereinheitlichende Rechtssätze zugunsten einer flexiblen, der Sachlage angepaßten, Beurteilung.

Auch in der damaligen Literatur war dieser Fragenkreis umstritten. Deutlich läßt sich die Unsicherheit mancher Autoren gegenüber der Rechtsprechung aus der Zeit des Nationalsozialismus in den ersten Nachkriegsjahren erkennen. Einigkeit besteht nur in der Ablehnung des Regel-Ausnahme-Prinzips des Reichsgerichts, was auch zur Gegenreaktion in Form der Zustimmung zur Ansicht der Oberlandesgerichte führte. [2] [3]

---

1) Dölle, DRZ 1948, 439; Müller-Freienfels, aaO S. 155

2) So z. B. Steidle, SJZ 1946, 117 f

3) Nicht zuzustimmen ist hier Willmann, aaO S. 81 Anm. 3. Die dort angeführten Autoren sind nicht schlechthin den Oberlandesgerichten gefolgt: Zweifelnd äußert sich Nehlert, JR 1947, 69 (74); Huth, Ehegesetz Anm. 6 zu § 48 lehnt die Rechtsprechung des RG ab, befürwortet aber eher eine Mittelmeinung; Kritisch, aber gegen die Oberlandesgerichte R. v. Godin, JR 1949, 254; ders. und H. v. Godin sehr ausführlich zur Rechtsprechung des RG in dieser Frage in ihrem Kommentar, Anm. 12 zu § 48; Beitzke nach Willmann in der 1. Auflage des

Gegen die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und an der Ansicht des Reichsgerichtes festhaltend sprach sich wohl nur Haff aus. [1] Zahlreiche Autoren waren mit der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone gegen die Meinung der Oberlandesgerichte und befürworteten die neue Gleichgewichtstheorie. [2] Dieser Ansicht schloß sich zunächst auch der BGH an. [3]

Erklären läßt sich diese neue herrschende Ansicht wohl nur so, daß einerseits die Rechtsprechung des Reichsgerichts "natürlich" abgelehnt werden mußte, obwohl Einigkeit dahingehend bestand, daß § 48 nicht "typisch nationalsozialistischen Charakter" hatte, was auch der BGH bestätigte und ihn ausdrücklich für anwendbar erklärte. [4] Dennoch zwangen die Geschehnisse der nationalsozialistischen Rechtsprechung zur Ablehnung. Andererseits war wohl vielen Autoren und Richtern auch das andere Extrem der Scheidungsfeindlichkeit nicht angenehm, denn Extreme hatte es gerade in den vergangenen Jahren zu viele gegeben. Da außerdem die Jahre des Nationalsozialismus zu einem erheblichen Mangel an Sitte und Sittlichkeit geführt hatten, erschien eine vermittelnde Anschauung, die nicht auf ein starres Prinzip abstellte, sondern auf die "sittliche Begutachtung" des jeweiligen Falles, als genau der richtige Weg.

Ein weiterer interessanter Aspekt ist die Handhabung des Gesetzes durch die Richter in der damaligen Zeit. Gerichtliche Ent-

---

Lehrbuchs für die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, in der 2. Auflage offengelassen; gegen die Oberlandesgerichte Bruns, SJZ 1947, 652

1) Haff, MDR 1947, 152

2) Bruns, SJZ 1948, 707 ff; Krille, NJW 1947/48, 472; Achilles-Greiff, Kom., Anm. 12 zu § 48; Delbrück, MDR 1948, 394; Beitzke, DRZ 1948, 199 f; Pritsch, NJW 1949, 729; Willmann, aaO Anm. 4 mwN

3) BGH, NJW 1951, 94

4) BGH, aaO

scheidungen der Übergangszeit ähneln einander. [1] Im großen und ganzen verfuhren die demokratischen Richter mit dem Recht des Nazi-Regimes genauso wie die seinerzeitigen nationalsozialistischen Richter mit dem Recht ihrer Zeit. [2] Die meisten Richter machten es sich sehr leicht, sie lasen aus den Amtlichen Begründungen der nationalsozialistischen Gesetze oder aus der Begründung höchstrichterlicher Entscheidungen der Nazizeit "typisch nationalsozialistisches Gedankengut" heraus und verneinten schon deshalb die weitere Gültigkeit eines nationalsozialistischen Gesetzes oder die weitere Brauchbarkeit einer während der Nazizeit erlassenen Entscheidung. [3] Nur wenige Richter versuchten sich auf das Wesentliche zu besinnen und in geeigneten Fällen nachzuweisen, daß ein während des Nationalsozialismus erlassenes Gesetz oder ergangenes Urteil trotz der nationalsozialistischen Phraseologie der tatsächlichen Entwicklung der Dinge gefolgt war, d. h. eine normale Rechtsentwicklung darstellte, die es ja auch zur Zeit des Nationalsozialismus gegeben hatte, und somit weiterhin anwendbar und brauchbar war. [4]

Diese Situation und die gegebene gesetzliche Grundlage stellte ein nicht leichtes Erbe für den BGH dar. Er hatte nun die Aufgabe mit der Flut von Scheidungsbegehren fertig zu werden, und nach den langen Jahren einer nationalsozialistischen Bevölkerungspolitik und eines dafür geeigneten Ehegesetzes einen neuen Anfang zu finden, für eine Rechtsprechung, die auf den Grundsätzen einer freiheitlich demokratischen Grundordnung beruht. Ein Problem auf diesem Wege war, eine neue Auslegung für das Zerrüttungsprinzip des § 48 EheG 46 zu suchen.

---

1) Guggomos, Urteilsanmerkung
2) Guggomos, aaO
3) Guggomos, aaO
4) Guggomos, aaO

> Die Ehe besteht ihrem sittlichen Wesen nach, wie es auch das geltende Eherecht trotz der von ihm vorgesehenen Scheidungsmöglichkeiten zugrunde legt, in der Begründung und fortwährenden Verwirklichung einer bis zum Tode eines Ehegatten fortdauernden und zur Familiengemeinschaft sich erweiternden Lebensgemeinschaft der Ehegatten ... Nach diesem ihrem Wesensbild ist die Ehe grundsätzlich unlöslich.
>
> BGHZ 18, 13 (17)

Sechster Teil

Die Entwicklung des Eheverständnisses in der Bundesrepublik Deutschland bis zum 1. EheRG

I. Die Ehe in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland - Art. 6 I GG

1. Die neue Verfassung

Mit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland und dem Erlaß des Grundgesetzes entstand eine gänzlich neue verfassungsrechtliche Situation. Die Weimarer Reichsverfassung (WRV) von 1919 wurde formell nicht außer Kraft gesetzt, war jedoch de facto durch das Ermächtigungsgesetz von 1933 aufgehoben. Durch das Grundgesetz von 1949 gab sich die Bundesrepublik eine neue Verfassung, die in verschiedener Hinsicht durch den Parlamentarischen Rat in bewußtem Gegensatz und aus den gemachten schlechten Erfahrun-

gen der vergangenen Jahre neue Wege beschritt. War die WRV nach dem langen Kaiserreich ein Novum, mit dem man sich, wie mit der Republik überhaupt, nicht befreunden konnte, so feierte man unter dem Nationalsozialismus die völlig verfassungslose Form. Nunmehr jedoch sollte ein Grundgesetz eine Grundlage für einen Staat schaffen, der auf einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung beruht.

Standen in der WRV die Grundrechte noch im 2. Hauptteil am Ende des Textes, so nehmen sie im Grundgesetz eine vorrangige Stellung ein. Bereits in Art. 6 I ist deshalb zu finden:

"Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung." 1)

Im Rahmen dieser Arbeit ist kein Raum für eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit verfassungsrechtlichen Fragen des Art. 6, es sollen aber die wichtigsten Merkmale dieses Grundrechts soweit es die Ehe betrifft, genannt werden. 2)

2. Ausgestaltende Merkmale des Art. 6 I GG

Kam den Grundrechten in der WRV entsprechend ihrer Stellung im Verfassungsrecht eine mehr programmatische Bedeutung zu, so ist Art. 6 vom Grundgesetz als eine wertentscheidende Grundsatznorm eingerichtet worden, die Maßstab und Grenzen für die Gesetzgebung und Gesetzesanwendung setzt. 3)

Daraus ergeben sich für den Staat mehrere Folgen: Verzicht auf Eingriffe störender Art in der Ehe, Verpflichtung zur Ab-

---

1) Zur allgemeinen verfassungsrechtlichen Entwicklung mwN, Lohner, Diss., S. 30 ff

2) Sehr ausführlich: Scheffler, Ehe und Familie; Lohner, Diss., Würzburg 1969

3) BVerfGE 6, 71; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 6 Rdn. 6

wehr von Störungen und schließlich die Förderung von Ehe und Familie. [1]

Art. 6 I GG ist als eine sog. Instituts- oder Einrichtungsgarantie zu verstehen, d. h. die Ehe wird als Institution in ihren "wesentlichen Grundzügen" [2] im Staat und in der Gesellschaft garantiert. Diese Einrichtungsgarantie sichert die Ehe aber nur in ihrer wesentlichen Struktur, nicht in der Gesamtheit aller ehe- und familienrechtlichen Normen. Garantiert ist somit nur ein Wesenskern oder Normkern der Ehe. [3]

Schließlich ist Art. 6 GG ein Menschenrecht, das allen natürlichen Personen ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit zusteht. Was seine Veränderbarkeit betrifft, so unterliegt Art. 6 I GG zwar der Notwendigkeit der Zweidrittelmehrheit, die zu Verfassungsänderungen gem. Art. 79 I, II GG notwendig ist, nicht jedoch der Unantastbarkeitsklausel des Art. 79 III GG. Folglich sind Tendenzen, die auf eine Abschaffung der Ehe und ihrer herkömmlichen Strukturelemente abzielen, mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. [4]

---

1) Näher: v. Münch, Art. 6 Rdn. 10; Leibholz-Rinck, Art. 6 Rdn. 1; Scheffler, aaO S. 253 f; Lohner, aaO S. 36 ff; BVerfGE, aaO; 24, 135; 30, 67; 31, 67

2) Zu diesen Grundzügen weiter unten

3) BVerfGE 6, 72; Hamann/Lenz, Art. 6 A 2; Leibholz-Rinck, aaO

4) Dazu Scheffler, aaO S. 249 mwN; Maunz-Dürig-Herzog, aaO Rdn. 2; v. Münch, aaO Rdn. 5

3. Die Ehe in der Verfassung

a) Die Bestimmung der Ehe in der Verfassung

Im Rahmen des Art. 6 I GG und seiner Interpretation war naturgemäß die Notwendigkeit gegeben, eine Definition der Ehe zu versuchen. Weder die verfassungsrechtliche Literatur noch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts haben sich jedoch auf eine nähere Begriffsbestimmung der Ehe eingelassen. Kurz und bündig begnügt man sich damit, daß die Ehe iSd Art. 6 I GG das auf Dauer angelegte Zusammenleben von Mann und Frau ist, ausgerichtet auf grundsätzlich lebenslange Verbindung. [1]

b) Die Ehe als vorgegebene Institution

Eng verknüpft mit der Frage nach einer Bestimmung der Ehe ist die umstrittene Frage, ob die Ehe eine naturrechtliche, eine "natürliche", eine vorgegebene, dem Staat vorgeordnete Institution ist. Einen echten Meinungsstreit kann man hierzu nicht feststellen. [2] Einhellig ist man der Meinung, daß es eine sozusagen "bereits vorhandene Form" der Ehe gibt, daß das Grundgesetz bereits diesbezügliche Lebensformen vorgefunden hat. [3] Auch Gernhuber, der als Gegenmeinung dafür genannt wird, [4] ist dieser Ansicht, betont aber, daß es sich bei diesen "natürlichen" Formen, die in Art. 6 I GG erfaßt sind, nur um eine "Garantie der Funda-

---

1) BVerfGE 10, 66; BGHZ 30, 4; Maunz-Dürig-Herzog, aaO Rdn. 15; v. Münch, aaO Rdn. 3
2) So aber v. Münch, aaO Rdn. 1
3) Maunz-Dürig-Herzog, aaO Rdn. 14; v. Münch, aaO Rdn. 5; Scheffler, aaO S. 249 f, 258
4) v. Münch, aaO Rdn. 1

mentalstruktur" der Ehe handeln kann, und daß über Art. 3 GG eine Veränderung dieser Struktur durch Zeit und Gesellschaft möglich ist. [1]

c) Lebensgemeinschaften ohne Eheschließung

Aus der Ausgestaltung der Ehe in Art. 6 I GG resultiert für Lebensgemeinschaften ohne Eheschließung, daß sie nicht verboten sind. Die Verfassung enthält auch keinen Auftrag, eheähnliche Gemeinschaften zu bekämpfen, z. B. durch Entziehung materieller Grundlagen. [2] Andererseits unterstehen solche Gemeinschaften aber auch nicht dem Schutz der Verfassung. [3]

d) Die äußere und innere Form der Ehe

Art. 6 I GG schützt die Ehe nur in ihrer äußeren Form vor störenden Einflüssen. Nicht geschützt ist die innere Ausgestaltung der Ehe. Diese obliegt einzig und alleine den Ehegatten. [4] Im Gegensatz zur WRV, die in Art. 119 I 2 den Gleichheitsgrundsatz zumindest als Programmsatz postulierte, enthielt Art. 6 I GG eine solche Bestimmung nicht. Im Innenbereich der Ehe gilt aber für den Staat die Regelung des Art. 3 II GG, da das Grundgesetz von einer Vereinbarkeit des Gleichberechtigungsgrundsatzes und dem Schutz von Ehe und Familie ausgeht.

---

1) Gernhuber, Lehrbuch S. 29 ff
2) BVerwGE 15, 316; 17, 276
3) Dazu Maunz-Dürig-Herzog, aaO Rdn. 15; v. Münch, aaO Rdn. 3
4) BVerfGE 6, 81 f; v. Münch, aaO Rdn. 2

e) Der Schutz der Ehe durch die Verfassung

Art. 6 I GG ist ein Grundrecht im klassischen Sinn, also ein Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat. Geschützt ist die Privatsphäre von Ehe und Familie vor Eingriffen des Staates. [1] Darin spiegelt sich auch die Erfahrung der nationalsozialistischen Herrschaft wider, die mit ihrer Allstaatlichkeit die Ehe der privaten Sphäre entzog und in den Dienst des Volkes stellte. [2] Art. 6 I GG verbietet mit Bestimmtheit eine Beeinträchtigung von Ehe und Familie durch störende Eingriffe des Staates selbst, ist somit "aktuell bindendes Verfassungsrecht". [3] Jeder Bürger kann somit aus Art. 6 I GG Abwehr gegen Störungen seiner Ehe durch den Staat geltend machen. Aus diesem Abwehrrecht resultiert "positiv" die Pflicht des Staates, die Ehe vor Beeinträchtigungen zu schützen und "negativ" das Verbot für den Staat selbst, die Ehe zu schädigen oder zu beeinträchtigen. [4]

4. Die überlieferte Form der Ehe

Bereits angesprochen wurde, daß Art. 6 I GG nur den "Wesenskern" der Ehe schützt, daß mit Gernhuber nur eine "Garantie der Fundamentalstruktur" der Ehe gegeben ist. Ebenfalls behandelt wurde auch die "natürliche" oder "vorgegebene" Form der Ehe. Nun soll auf diese "Grundstruktur" der Ehe näher eingegangen werden, u. z. soweit als sie von der Verfassung erfaßt ist.

Wie erwähnt, gibt die Verfassung keine Bestimmung der von ihr geschützten Ehe. Somit muß bei einer näheren Kennzeichnung

---

1) v. Münch, aaO Rdn. 8; Leibholz-Rinck, aaO Rdn. 1
2) v. Münch, Leibholz-Rinck jeweils aaO; BVerfGE 6, 71
3) Leibholz-Rinck, aaO; BVerfGE 6, 76; 30, 67
4) Hamann/Lenz, aaO A 3

der Struktur der Ehe zwangsläufig davon ausgegangen werden, daß Art. 6 I GG nur solche Elemente erfaßt und schützt, die der geläufigen und in der Zivilrechtsordnung zugrundegelegten Vorstellung von der Ehe entsprechen. [1] Es kann somit nur von den Wesensmerkmalen ausgegangen werden, die durch die Historie und ihre Entwicklung als charakteristische Bestandteile der Ehe eine allgemeine Anerkennung in der Bevölkerung erfahren haben und von deren Bestand das Gemeinschaftsleben ausgeht. [2] So spricht auch das Bundesverfassungsgericht von den "vorgefundenen, überkommenen Lebensformen". [3]

Will man diese Wesenselemente aufzählen, so wird man sowohl rechtliche als auch "tatsächliche" nennen müssen. Grund dafür ist, daß die heute gesellschaftlich anerkannte Form der Ehe zwar dem Recht vorgegeben ist, aber als kulturhistorische Erscheinung vom Recht für die Gemeinschaft erfaßt werden muß und an rechtliche Voraussetzungen gebunden wird. [4]

Im einzelnen kann man sich sicherlich über die Anzahl verschiedener Elemente der überkommenen Grundform der Ehe streiten, hier sollen die unzweifelhaften und wesentlichsten genannt werden:

1. Monogamischer Charakter der Ehe
2. Grundsätzlich auf Lebenszeit eingegangene Gemeinschaft
3. Abschluß aufgrund beiderseitigen Konsenses
4. Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft [5]

---

1) Pirson, BK, Art. 6 Rdn. 11
2) Pirson, aaO
3) BVerfGE 36, 39
4) Dazu Müller-Freienfels, Ehe und Recht S. 1 ff, 43 ff
5) Hierzu nennt z. B. Pirson, aaO noch das Merkmal des freien Zugangs zur Ehe, die Ausschließlichkeit der Ehe (einzige Form der Geschlechtsgemeinschaft) und die Öffentlichkeit der Ehe.

In dieser Strukturform als freiwillige Verbindung von einem Mann und einer Frau in der Absicht das restliche Leben in einer ehelichen Lebensgemeinschaft miteinander zu verbringen, ist die Ehe heute sowohl von der Gemeinschaft als Bestandteil des Lebens verstanden als auch von der Verfassung in Art. 6 I GG geschützt.

II. Das Wesen der Ehe im Recht der persönlichen Ehewirkungen

Die Entwicklung des Eherechts in der Bundesrepublik bis zum Beginn der Reformarbeiten Ende der sechziger Jahre wird im wesentlichen gekennzeichnet durch drei bedeutsame Gesetze: Das Gleichberechtigungsgesetz, das Familienrechtsänderungsgesetz und das Nichtehelichengesetz. [1] Für die weiteren Erörterungen zum Begriff Wesen der Ehe ist vor allem das Gleichberechtigungsgesetz von Bedeutung. [2] [3]

---

1) Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechts, 18.6.1957 (BGBl I, 609) in Kraft seit 1.7.1958; Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften, 11.8.1961 (BGBl I, 1221 ff) in Kraft seit 1.1.1962; Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder, 19.8.1969 (BGBl I, 1243) in Kraft seit 1.7.1970

2) An anderer Stelle wird auch noch auf die Bedeutung des Familienrechtsänderungsgesetzes einzugehen sein.

3) Die Problematik des Gleichberechtigungsgrundsatzes in Art. 3 II GG kann mit seiner unübersehbaren Literaturvielfalt hier nicht erörtert werden. Es soll jedoch eine kurze Darstellung der wesentlichen Entwicklungszüge gegeben werden, so daß die grundlegenden Veränderungen sichtbar werden.

1. Die Entwicklung und Bedeutung der Gleichberechtigungsfrage

In den Erörterungen über das Wesen der Ehe in früheren Verfassungsepochen war bereits deutlich geworden, daß die Wandlung des Wesensbegriffs mit der Frage der Gleichberechtigung von Mann und Frau verknüpft ist. Zuletzt hatte der Nationalsozialismus die erreichten Verbesserungen der Stellung der Frau in der Gesellschaft wieder beseitigt und die fortschreitende Gleichberechtigungsentwicklung stagnieren lassen. Anfänglich wurde die Frau aus der Arbeitswelt wieder in ihre althergebrachte Hausfrauenrolle zurückgedrängt, später aber aus rein wirtschaftlichen und kriegsbedingten Gründen wieder in die Fabriken geschickt.

Die hohe Präsenz der Frauen in der Industrie und Wirtschaft während des Krieges und vor allem ihre enormen Leistungen in den ersten - durch Krieg und Gefangenschaft bedingten - männerarmen Nachkriegsjahren hatten schließlich die Stagnation in der Entwicklung aufgehoben und den Gleichberechtigungsgedanken erneut aktualisiert.

a) Die Situation von 1949 - 1953

Von grundlegender Bedeutung für die Auffassung vom Wesen der Ehe war die Anerkennung der Gleichberechtigung von Mann und Frau durch das Grundgesetz, Art. 3 II, 117 I GG. Dadurch wurde eine von der Weimarer Reichsverfassung begonnene Entwicklung wesentlich vorangetrieben. Während in der WRV drei Einzelbestimmungen (Art. 109, 119, 128) notwendig waren, regelt im Grundgesetz die Generalklausel des Art. 3 II die Frage der Gleichberechtigung von Mann und Frau, verstärkt durch Art. 3 III. Im Gegensatz zur WRV ist hier die Gleichberechtigung nicht "grund-

sätzlich" vorgeschrieben, sondern ohne Ausnahme. Schließlich handelt es sich bei Art. 3 II GG nicht nur um einen Programmsatz, sondern ihm steht durch Art. 1 III GG unmittelbare Wirkung zu. [1)]

Die Folge dieser direkten Wirkung mußte die Unwirksamkeit zahlreicher der Verfassung widersprechender Regelungen des Eherechts sein.

Da sich der Gesetzgeber wegen der starken Meinungsverschiedenheiten zu diesen Fragen im Bundestag außerstande sah, die dadurch entstehenden Lücken zu schließen, dies jedoch bis zum 31.3.1953 gem. Art. 117 I GG hätte geschehen müssen, trat aufgrund des auch weiter bestehenden Unvermögens des Gesetzgebers diese Materie zu regeln, am 1.4.1953 die eigenartige Situation ein, daß sämtliche dem Gleichberechtigungsgrundsatz widersprechenden Regelungen, die die persönlichen Beziehungen der Ehegatten betrafen, außer Kraft traten, ohne daß eine Neuregelung geschaffen worden war. [2)] Die Folge davon war neben einer äußerst heftigen juristischen Diskussion, daß die Rechtsprechung eine eigentlich der Legislative obliegende Aufgabe erfüllen mußte. [3)] Dazu bemerkte Beitzke, daß der Richter in dieser Situation kein Recht setze, sondern nur für den jeweiligen Einzelfall unbestimmte Rechtsbegriffe konkretisiere und "latent vorhandenes" Recht sichtbar mache. [4) 5)]

---

1) Dazu: Beitzke, Gleichberechtigung S. 202; Soergel-Siebert-Lange, Einl. FamR Rdn. 20

2) Dazu: Staudinger-Dietz, Einl. FamR Rdn. 100; Erman-Heckelmann, Einl. § 1297 Rdn. 11 ff; Weiterhin gültig blieb jedoch das Ehegesetz, dazu Dölle, Gleichberechtigung S. 353 Anm. 3

3) Dies wurde auch gegen die Verfassungsmäßigkeit des eingetretenen Zustandes vorgebracht, Beitzke, aaO S. 205 ff; Dölle-Gündisch, aaO S. 27 jeweils mwN

4) Beitzke, aaO

5) Hier handelt es sich um eine typische juristische Argumentation zur Überwindung einer höchst unangenehmen Situation. Trotz

In der Rechtsprechung und Literatur war dieser Zustand zeitweilig umstritten, [1] es setzte sich aber bald die Meinung durch, daß die Gleichberechtigung zu diesem Termin auch ohne Ausführungsgesetz unwirksam geworden war. [2] Vom Bundesverfassungsgericht wurde Art. 3 II GG als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes der Wert einer echten Rechtsnorm zuerkannt, so daß ab 1.4.1953 in der Ehe Mann und Frau gleichberechtigt waren. [3]

b) Die Situation von 1953 - 1958

Diese fatale Situation, daß einerseits durch die Wirksamkeit des Gleichberechtigungsgrundsatzes von Mann und Frau eine Reihe von Regelungen unwirksam geworden waren, andererseits eine entsprechende gesetzliche Fixierung nicht existierte, mußte nunmehr von der Rechtsprechung gemeistert werden, die sich vor erhebliche Schwierigkeiten gestellt sah. Es waren in dieser Lage

---

der so einleuchtend erscheinenden Sätze Beitzkes bleibt festzuhalten: Es gab einen allgemein postulierten verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gleichberechtigung, die tatsächliche Ausformung und Regelung in der Ehe war vom Gesetzgeber nicht angefertigt worden und oblag der Aussage des Richters, der somit eine legislative Tätigkeit erfüllen mußte. An diesem Faktum führt kein Weg juristischer Argumentierkunst vorbei. Es zeigt sich hierbei, daß die Frage der Regelung der Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Ehe noch Mitte der fünfziger Jahre so brisant war, daß für mehrere Jahre das Gesetzgebungsorgan versagte. Aus den Unterlagen der damaligen Gesetzesdiskussion läßt sich entnehmen, daß die so unüberwindlich erscheinenden Gegensätze sich an den weltanschaulichen und grundsätzlichen Fragen entzündeten, z. B. am Entscheidungsrecht des § 1354 BGB.

1) Nachweise bei Beitzke, aaO S. 205 Rdn. 205

2) BGHZ 11, Anhang S. 34 ff; BVerfGE 3, 225; a. A. OLG Frankfurt NJW 1953, 746

3) Nach § 31 II 1 BVGG hatte die Entscheidung Gesetzeskraft

zwei Fragen zu klären: Welche Normen sind ungültig und wie ist die entstandene Lücke zu schließen. [1] Bei der Beantwortung dieser Fragen war die Rechtsprechung darauf angewiesen, sich im Wege der freien Rechtsfindung zu helfen. [2]

Für das Recht der persönlichen Ehewirkungen bedeutete das vor allem, daß § 1354 mit dem umstrittenen Entscheidungsrecht des Mannes nicht mehr anwendbar war. Das galt auch für das Kündigungsrecht des Mannes, § 1358. Für das Namensrecht des § 1355 wurde überwiegend die Vereinbarkeit mit Art. 3 II GG vertreten, jedoch sollte der Frau das Recht zustehen, durch Beurkundung durch den Standesbeamten, ihren Mädchennamen dem Namen ihres Mannes hinzuzufügen. [3] Die einseitige Schlüsselgewalt der Frau des § 1357 war umstritten, so wurde vertreten, sie sei dadurch einseitig begünstigt. [4] Weiterhin hieß es, daß die Ehegatten beide zum gemeinsamen Unterhalt beizutragen haben, die Leistungen der Frau wurden denen des Mannes gleichgestellt und bei Unterhaltsfragen beachtet. [5]

Trotz aller Bemühungen der Rechtsprechung die entstandene Rechtsunsicherheit zu meistern, ließ sich diese nicht völlig beseitigen, so blieb z. B. das Ehegesetz, das dem deutschen Gesetzgeber durch Besatzungsstatut entzogen war, weiterhin in der vorhandenen Form bestehen und seine Bestimmungen galten ohne Rücksicht auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz weiter. [6] Dieser Zustand währte infolge der Uneinig-

---

1) Staudinger-Dietz, aaO Rdn. 101
2) Unerörtert kann hier bleiben, wie die Gerichte mit der Situation fertig wurden, dazu divergierender Ansicht Dölle-Gündisch, aaO S. 27 f; Erman-Heckelmann, aaO Rdn. 11; kritisch Soergel-Siebert-Lange, aaO; die Rechtsunsicherheit betonend Staudinger-Dietz, aaO
3) Ausführlich Erman-Heckelmann, § 1355 Rdn. 2 mwN
4) Erman-Heckelmann, § 1357 Rdn. 3 f
5) Dölle, aaO S. 357; Beitzke, aaO S. 223 mwN
6) Dazu Staudinger-Dietz, aaO Rdn. 102 mwN

keit des Gesetzgebers in der Frage der Regelung der Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Ehe mehr als fünf Jahre.

c) Das Gleichberechtigungsgesetz

Dem Verfassungsauftrag des Art. 117 I GG kam der Gesetzgeber trotz der Wichtigkeit und Aktualität dieser Frage erst mit jahrelanger Verspätung durch das Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau nach, das am 1.7.1958 seine Wirksamkeit entfaltete. Es änderte alle die Bestimmungen, die mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz unvereinbar waren, hatte jedoch auf das Ehegesetz keine bedeutenden Einwirkungen. [1)]

Von den zahlreichen Veränderungen, die das Gleichberechtigungsgesetz bewirkte, sollen hier nur die für die vorliegende Arbeit wichtigsten genannt werden. [2)]

Im Recht der persönlichen Ehewirkungen fiel der § 1354 ersatzlos weg (bereits seit 1953 unwirksam), der dem Ehemann in gemeinsamen Angelegenheiten das Entscheidungsrecht zuerkannte. Die Frau erhielt zwar auch weiterhin den Namen des Ehemannes, durfte aber jetzt ihren Mädchennamen hinzufügen, § 1355. Den Haushalt führte die Ehefrau nach dem neuen Gesetz in eigener Verantwortung, § 1356 I und durfte auch erwerbstätig sein, soweit ihre Pflichten in der Ehe und in der Familie nicht darunter Schaden nehmen, § 1356 II. Die in der Zeit von 1953 - 1958 umstrittene Schlüsselgewalt, § 1357, wurde beibehalten. Die Vor-

---

1) Dazu Staudinger-Dietz, aaO Rdn. 107

2) Das Gleichberechtigungsgesetz regelte drei Familienrechtsbereiche, die persönlichen Eherechtswirkungen, das eheliche Güterrecht und die eheliche Gewalt. Zu den gesamten Änderungen ausführlich Staudinger-Dietz, aaO Rdn. 108 ff; Dölle-Gündisch, aaO S. 28 f

schrift des § 1358 fiel fort, wonach der Ehemann mit Zustimmung des Vormundschaftsgerichts ein Arbeitsverhältnis der Ehefrau kündigen konnte, wenn es die ehelichen Interessen beeinträchtigte.

Schließlich bestimmte der neue § 1360, daß nicht mehr in erster Linie der Mann verpflichtet sei, die Frau zu unterhalten, sondern daß die Eheleute gegenseitig zum Unterhalt verpflichtet seien, der Mann durch seine Arbeit, die Frau regelmäßig durch die Führung des Haushaltes.

d) Kritische Zusammenfassung

Nach den langjährigen und recht erfolglosen Kämpfen um eine wirkliche Gleichberechtigung der Frau in den zwanziger und frühen dreißiger Jahren, der darauffolgenden rückläufigen Entwicklung, die der Nationalsozialismus bewirkte, mußten die Verbürgung des Gleichheitsgrundsatzes mit Gesetzeskraft und die Veränderungen durch das Gleichberechtigungsgesetz eine völlig neue Betrachtungsweise der Ehe einleiten. Bedenkt man, daß seit der Gründung der Bundesrepublik bis zum Erlaß des Gleichberechtigungsgesetzes nur acht Jahre vergangen waren, so sind die Änderungen nur als grundlegend zu bezeichnen.

Dabei muß vergegenwärtigt werden, daß das Gesetz die Gleichberechtigung von Mann und Frau nicht erst geschaffen hat. Es wurde im Grunde genommen nur einem längst überfälligen Zustand Rechnung getragen. Durch die gesamten Umwandlungen der letzten Jahrzehnte, spätestens aber durch den Einsatz der Frau im zweiten Weltkrieg und ihre enorme Leistung in den Nachkriegsjahren, war diese Entwicklung nicht mehr länger zu negieren. Der Wandlungsprozeß in der Gesellschaftsstruktur hat eine zweifache Wirkung für die Ehe gebracht: Durch die Industrialisierung der Gesellschaft

war die Frau aus dem Haus und in die Arbeitswelt übergewechselt. Folge dieser Veränderung war, daß die Arbeitskraft und Arbeitsleistung des Mannes ihre Vorrangstellung verloren hatte, daß vor allem ein Autoritätsausgleich zwischen Mann und Frau stattgefunden hat. [1] Diesen soziologischen Fakten mußte die rechtliche Entwicklung folgen. Unausbleiblich waren zu diesem seit Jahren umkämpften Fragenkreis auch nun wieder die kontroversesten Ansichten dazu, wie der Gleichberechtigungsgrundsatz auszulegen sei: Von einer radikal-formalen Lösung, die zu einer absoluten Gleichstellung von Mann und Frau kam, über eine funktionale Ansicht, die den natürlichen Unterschieden Rechnung tragen wollte, bis zu der Ansicht, daß Art. 3 II nur im Zusammenhang mit Art. 6 zu interpretieren sei, fanden sich die verschiedensten Ansichten und Varianten. [2]

Wohl bedeutsamste Veränderung im Bereich der Ehe war die Tatsache, daß § 1354 fortgefallen war, der Mann nicht mehr durch sein Entscheidungsrecht das Haupt der Familie verkörperte. Damit war sicherlich die von den Gleichberechtigungsbefürwortern am stärksten bekämpfte Regelung des Rechts der persönlichen Ehewirkungen fortgefallen. Die gleiche Wichtigkeit hatte, wie es die Entwicklung gezeigt hat, auch das Namensrecht. Hier wurde sicherlich noch in althergebrachtem Denken verharrt, denn diese Regelung war zwar ein Fortschritt, blieb auf dem Wege zu einer diesbezüglichen Verwirklichung der Gleichberechtigung auf halbem Wege stehen. Zu sehr war man noch in den Gedankengängen verhaftet, die die Vorrangstellung des Mannesnamens mit den verschiedensten Argumenten bestätigen wollten: So wurde immer

---

1) K. H. Schwab, Gleichberechtigungsgesetz S. 4

2) Dieser Fragenkreis ist mit seinen literarischen Äußerungen fast unübersehbar geworden, dazu näher: Schwab, aaO; Beitzke, aaO S. 207 mwN (auch zur Stellung der Kirche dazu); Gernhuber, Lehrbuch S. 44 ff; Tonndorf, Diss., S. 2 und passim

noch angeführt, § 1355 sei eine reine Ordnungsvorschrift, der Name sei nur eine ordnende Bezeichnung und habe keine weiteren Bezüge, der Familienschutz gehe der Gleichberechtigung vor, die Preisgabe des Mannesnamens sei eine Zerstörung historischen Denkens. Hier ist nur festzustellen, daß es letzte Versuche waren, ein patriarchalisches Familienbild zu erhalten, denn keines der genannten Argumente vermag sich gegenüber dem Vorwurf der Ungleichbehandlung zu behaupten. [1)]

Zieht man die weiteren Veränderungen in Betracht, so ist abschließend dazu festzustellen, daß die speziell nach dem zweiten Weltkrieg sprunghaft und ständig fortschreitende Entwicklung der Gesellschaft den Einsatz aller Kräfte am Neuaufbau des zerstörten Staates erforderte. Aber auch die starken gesellschaftlichen und industriellen Einflüsse durch das Ausland veränderten die Rolle der Frau in der Gesellschaft derart, daß damit auch eine Wandlung der Auffassung vom Wesen der Ehe einherging. Dies drückt sich in den veränderten Rechtsnormen des Eherechts aus. Dennoch ist diese Zeit noch geprägt vom überkommenen Ehebild, so daß es zu Gegensätzen kommen mußte. Dies soll in den weiteren Ausführungen gezeigt werden.

---

1) Ausführlich Gernhuber, aaO S. 135 ff mwN; Dölle-Schuster, S. 459 mwN

2. Synoptische Betrachtung einiger Regelungen des Rechts der persönlichen Ehewirkungen

§ 1354: Dem Manne steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu; er bestimmt insbesondere Wohnort und Wohnung.	fortgefallen
§ 1355: Die Frau erhält den Namen des Mannes.	§ 1355 n. F.: Der Ehe- und Familienname ist der Name des Mannes. Die Frau ist berechtigt, durch Erklärung gegenüber dem Standesbeamten dem Namen des Mannes ihren Mädchennamen hinzuzufügen; die Erklärung muß öffentlich beglaubigt werden.
§ 1356 a. F.: Die Frau ist unbeschadet der Vorschriften des § 1354, berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten. Zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes ist die Frau verpflichtet, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist.	§ 1356 n. F.: Die Frau führt den Haushalt in eigener Verantwortung. Sie ist berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist. Jeder Ehegatte ist verpflichtet im Beruf oder Geschäft des anderen Ehegatten mitzuarbeiten soweit dies nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist.
§ 1358 a. F.: Hat sich die Frau einem Dritten gegenüber zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet, so kann der Mann das Rechtsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, wenn er auf seinen Antrag von dem Vormundschaftsgerichte dazu ermächtigt worden ist. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu erteilen, wenn sich ergibt, daß die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interessen beeinträchtigt.	fortgefallen

§ 1360 a. F.: (1) Der Mann hat der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbstätigkeit Unterhalt zu gewähren.
(2) Die Frau hat dem Manne, wenn er außer Stande ist, sich selbst zu unterhalten, den seiner Lebensstellung entsprechenden Unterhalt nach Maßgabe ihres Vermögens und ihrer Erwerbstätigkeit zu gewähren.

§ 1360 n. F.: Die Ehegatten sind einander verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten. Die Frau erfüllt ihre Verpflichtung, durch Arbeit zum Unterhalt der Familie beizutragen, in der Regel durch die Führung des Haushaltes; zu einer Erwerbstätigkeit ist sie nur verpflichtet, soweit die Arbeitskraft des Mannes und die Einkünfte der Ehegatten zum Unterhalt der Familie nicht ausreichen und es den Verhältnissen der Ehegatten auch nicht entspricht, daß sie den Stamm ihres Vermögens verwerten.

III. Das Wesen der Ehe im ehelichen Aufhebungsrecht

Im Ehegesetz von 1946 wurde das eheliche Aufhebungsrecht erneut geändert, der Begriff des Wesens der Ehe blieb aber weiterhin Bestandteil dieser Regelung. Es ist nun zu untersuchen, wie die Würdigung des Wesens der Ehe in der Zeit nach dem Nationalsozialismus verstanden wurde, nachdem es keine bevölkerungspolitischen Ziele mehr mit diesem ehelichen Aufhebungsinstitut zu verwirklichen galt.

1. Veränderungen

Der neue § 32 wurde durch zwei Veränderungen wieder auf die Fassung des alten § 1333 BGB zurückgebracht: Um die weite nationalsozialistische Fassung der "Umstände" zu vermeiden, kehrte man zum Begriff der "persönlichen Eigenschaften" zurück. Hier

entspricht die Auslegung des BGH den Ausführungen aus der Zeit vor dem Nationalsozialismus. Bedeutsam für die neue Auslegung des Begriffs Wesen der Ehe ist die Rückkehr zur "verständigen Würdigung", anstatt der Verwendung des Begriffs "richtige Würdigung" des Wesens der Ehe.

2. Die verständige Würdigung des Wesens der Ehe

Bei der Durchsicht der Kommentierungen zu dieser Norm fällt sofort wieder auf, daß, wie in vergangenen Zeiten, speziell in der nationalsozialistischen, so gut wie gar keine Ausführungen zum Begriff Wesen der Ehe gemacht werden. Das ist in dieser Zeit besonders verwunderlich, denn es sollte doch unumgänglich sein, diesen Terminus neu zu fixieren, da es doch galt die nationalsozialistische Eherechtsprechung zu überwinden und der neuen demokratischen Verfassung mit der Schutzklausel des Art. 6 GG gerecht zu werden. Diese Beschäftigung mit dem Wesensbegriff hat jedoch nicht stattgefunden.

Es finden sich entweder gar keine Ausführungen dazu, oder nur äußerst spärliche, die manchmal eine dürftige Abgrenzung zu nationalsozialistischen Vorstellungen darstellen. [1)]

"Das Wesen der Ehe ist die Begründung einer auf Treue, Liebe und Achtung beruhenden dauernden Lebensgemeinschaft, die zugleich die Erziehung der Kinder zu tüchtigen Menschen verbürgt. Die unter der Geltung des EheG 1938 vertretene Auffassung, daß die Ehe in erster Linie der Erzeugung möglichst vieler Kinder dienen müsse, entspricht nicht mehr den heutigen Anschauungen." 2)

---

1) Vgl. Hoffmann-Stephan; Gerold, v. Godin, BGB-RGRK-Wüstenberg, Soergel-Siebert-Donau, Erman-Ronke jeweils zu § 32

2) Gerold, aaO Rdn. 60; anders findet die Auseinandersetzung bei Hoffmann-Stephan statt: Dem Kommentar zum Ehegesetz von fast 1.000 Seiten sind 3 Seiten allgemeine Ausführungen zur Ehe vorgegeben

Es wird in den einzelnen Erläuterungen von dem Verständnis der Ehe ausgegangen, das als herrschend in der abendländisch-bürgerlichen Gesellschaft durch historische Überlieferung bis zum Jahre 1933 galt. Man umging die 12 Jahre des "Tausendjährigen Reiches" und knüpfte an einer gesellschaftlichen Anschauung an, die eigentlich nach den verheerenden Deformationsprozessen des Nationalsozialismus gar nicht mehr existieren konnten. Es wurde vorausgesetzt, daß diese gesellschaftliche Auffassung vom Wesen der Ehe durch die Zeit des Nationalsozialismus sozusagen nur verschüttet gewesen war und nun belebt werden könnte. [1)]

Ermöglicht wurde diese Entwicklung nur durch den generalklauselartigen Charakter des Begriffs Wesen der Ehe. Durch seine Weite und seine beliebige Ausfüllungsfähigkeit mit den verschiedensten außernormativen Werten, war es möglich ihn so zu interpretieren, wie es vor 1933 üblich war.

Bei der Beurteilung des Zusammenhanges zwischen Irrtum und Eheschließung, haben immer wieder zwei Maßstäbe im Gegensatz zum Nationalsozialismus Bedeutung, wo es nur auf die objektive Beurteilung der Ehe im Sinne der nationalsozialistischen Auffassung ankam. Nunmehr ist sowohl ein objektiver Maßstab, nämlich die verständige Würdigung des Wesens der Ehe anzulegen, als auch ein subjektiver, der die Kenntnis der Sachlage voraussetzt. [2)] Von entscheidender Bedeutung ist aber der objektive Maßstab, d. h. ob die Eigenschaften, über die sich der Ehegatte geirrt hat, objektiv geeignet waren, ihn von der Eingehung der Ehe abzuhalten. [3)] Dennoch ist die objektive Würdigung nicht rein

---

1) Auf dieses Phänomen wird noch weiter einzugehen sein.
2) Hoffmann/Stephan, § 32 Rdn. 18
3) Hoffmann/Stephan, aaO Rdn. 19 mit Literaturangaben von vor 1945; Gerold, aaO Rdn. 56: "... sondern es ist ein objektiver, der allgemeinen sittlichen Auffassung entsprechender, aus verständiger Würdigung des Wesens der Ehe zu entnehmender Maßstab anzulegen."

abstrakt, sondern es sind auch die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, so z. B. die persönlichen Denk- und Empfindungsweisen oder die allgemeinen Lebensverhältnisse der betreffenden Person. [1)]

Deutlich grenzen Hoffmann/Stephan zum § 37 EheG 38 ab, indem sie betonen, daß damals eine noch stärkere Anlegung des objektiven Maßstabes nötig war durch die "richtige" Würdigung. "Mit der Rückkehr zu der schon in § 1333 BGB enthaltenen "verständigen Würdigung" ist zum Ausdruck gebracht, daß nunmehr wieder die verstandesgemäße und auf die Interessenlage des Einzelfalles abstellende Beurteilung den Vorrang vor den allgemein gültigen sittlichen Gesichtspunkten haben soll." 2)

3. Drei Beispiele zur Rechtspraxis des § 32 EheG 46

a) Beiwohnungsfähigkeit und Fruchtbarkeit des Ehegatten

Die Beiwohnungsfähigkeit ist im Falle ihrer Unbehebbarkeit auch weiterhin ein Aufhebungsgrund. [3)] Im Fall der Unfruchtbarkeit der Frau und des Mannes war nunmehr ein Vergleich mit der Rechtsanschauung des Nationalsozialismus unumgänglich, stellte doch in dieser Zeit die Zeugung gesunden Nachwuchses den Ehezweck dar. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung von vor 1933 ist die Unfruchtbarkeit der Frau auch nach "Ausschaltung übertriebener bevölkerungspolitischer Erwägungen" ein Aufhebungsgrund, denn die Erzeugung von Kindern entspricht dem sittlichen Zweck und Wesen der Ehe. [4)] Zwar sei die Zeugung von

---

1) Hoffmann-Stephan, aaO Rdn. 21; RG DRZ 1929, 628; BGHZ 25, 78
2) Hoffmann-Stephan, aaO Rdn. 22
3) Hoffmann-Stephan, aaO Rdn. 67 ff mwN; Gerold, aaO Rdn. 13 ff
4) Hoffmann-Stephan, aaO Rdn. 81 mwN; OLG Schleswig SchlHA 1956, 241 zit. bei Hoffmann-Stephan, aaO

Kindern nicht mehr der oberste Zweck der Ehe, aber doch eine wichtige Aufgabe. [1]

"Die Auffassung, daß die Erzeugung von Nachkommenschaft die wichtigste Aufgabe der Ehe sei, ist einseitig und unrichtig; ... ihrem Wesen und ihrer Bestimmung nach ist aber jede Ehe darauf angelegt, daß aus ihr Kinder hervorgehen." 2)

b) Vorehelicher Geschlechtsverkehr

Bisher wurde diese Frage für Mann und Frau getrennt beurteilt: Zusammengefaßt war die bisherige Anschauung die, daß vorehelicher Geschlechtsverkehr für eine Frau idR einen sittlichen Makel bedeutete, der zur Aufhebung der Ehe führen konnte, für den Mann jedoch wurde diese Frage sehr mild beurteilt und war nur in besonders gearteten Fällen ein Aufhebungsgrund.

An dieser Anschauung hatte sich auch nach dem Kriege nichts geändert. Konkrete Ausführungen zur Auffassung dieses Problems finden sich vor allem in der strafrechtlichen Judikatur und zu § 1300 BGB. Bezeichnend für die herrschende Rechtsauffassung waren die Ausführungen des Bundesgerichtshofs zur Vereinbarkeit von § 1300 BGB mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz. [3] Bei dieser Bestimmung handle es sich um eine Schutzvorschrift für die Frau, denn diese würde Schutz vor dem Mann benötigen, da die nachteiligen Folgen der Auflösung eines Verlöbnisses sie wegen ihrer besonderen Wesensart viel schwerer treffen. Ihre Frauenwürde würde besonderen Schaden nehmen. Eine Frau sei auch vielfach stärker seelisch und persönlich an den Verlobten gebunden. Unter dem Verlöbnisbruch leide sie seelisch mehr und

1) Gerold, aaO Rdn. 60
2) BGB-RGRK-Wüstenberg, § 32 Anm. 22
3) BGHZ 20, 195 ff; BGHZ 28, 375 ff

nachhaltiger als der Mann. Besonders zu beachten sei, daß ihr Ansehen in der Gesellschaft, ihr berufliches Fortkommen und ihre Leistungs- und Widerstandskraft im wirtschaftlichen Existenzkampf stärker in Mitleidenschaft gezogen würden. Außerdem sei die Verminderung ihrer Heiratsaussichten zu bedenken. [1]

"Es gehört zu ihrer von der historischen Entwicklung unabhängigen, unveränderlichen Eigenart, daß sie durch einen vorehelichen Geschlechtsverkehr mehr einsetzt und mehr zu verlieren hat als der Mann und von ihm im Kern ihrer Persönlichkeit betroffen wird." 2) 3)

Der Große Senat des Bundesgerichtshofs erklärte 1954 zur Frage, ob der voreheliche Geschlechtsverkehr als Unzucht aufzufassen sei:

"Die sittliche Ordnung will, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich in der Ehe vollziehe, weil der Sinn und die Folge des Verkehrs das Kind ist ... Indem das Sittengesetz dem Menschen die Einehe und die Familie als verbindliche Lebensform gesetzt und in dem es diese Ordnung auch zur Grundlage des Lebens der Völker und Staaten gemacht hat, spricht es zugleich aus, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich nur in der Ehe vollziehen solle und daß der Verstoß dagegen ein elementares Gebot geschlechtlicher Zucht verletzt." 4)

Soweit, daß die Beurteilung des vorehelichen Geschlechtsverkehrs nicht einer Differenzierung von Mann und Frau folgt, reicht die Anerkennung und Durchführung der Gleichberechtigung nicht. In dieser Frage setzen sich weiter überkommene und doppelbödige Moralvorstellungen durch. Charakteristisch ist hier z. B. die Kommentierung bei Hoffmann-Stephan, die unter Angabe jahr-

---

1) BGHZ 20, 195 (196); BGHZ 28, 375 (383)
2) BGHZ 28, 375 (383); BGHSt (GS) 6, 46 (54)
3) Kennzeichnend ist hier auch die Bezeichnung, daß sich die Frau dem Manne "hingibt", andererseits aber in dieser Entscheidung (1958) eingestanden werden muß, "daß die Fälle häufiger geworden sein mögen, in denen die Initiative zur Aufnahme vorehelicher geschlechtlicher Beziehungen nicht mehr alleine auf der Seite des Mannes liegt."
4) BGHSt (GS) 6, 46 (53 f) Hervorhebung nicht im Text

zehntealter Rechtsprechung die alten Behauptungen wiederholt und die veränderte gesellschaftliche und rechtliche Stellung der Frau und ihre Freiheit als eigene Persönlichkeit negiert. [1] Noch 1975 und 1977 wird von den führenden Kommentaren zum BGB und Ehegesetz diese Frage so kommentiert, daß vorehelicher Geschlechtsverkehr für den Mann "im allgemeinen kein Aufhebungsgrund" sei, für die Frau jedoch: "im allgemeinen Aufhebungsgrund". [2] Eindeutig anderer Ansicht ist dazu Donau. Für ihn ist vorehelicher Geschlechtsverkehr schon grundsätzlich nicht mehr ohne weiteres ein Aufhebungsgrund. [3] Insbesondere sei die Auffassung nicht mehr haltbar, die den vorehelichen Verkehr des Mannes grundsätzlich nach erheblich milderen Maßstäben beurteilte als den der Frau, denn man dürfe eine sittliche Eigenschaft nicht nach den biologischen Unterschieden und Auswirkungen bewerten, die freilich bei Mann und Frau verschieden sein könnten. [4]

c) Die Rassen- und Religionszugehörigkeit

Eine Veränderung erfuhr auch die Frage der Anfechtbarkeit einer Ehe aufgrund eines Irrtums über die Rassen- und Religionszugehörigkeit.

---

1) Hoffmann-Stephan, aaO Rdn. 112 ff; BGH-RGRK-Wüstenberg, aaO Anm. 43 mwN, für den es im "Wesen der Dinge selbst begründet" ist, daß die Rechtsprechung die Frau in dieser Frage einer härteren Beurteilung unterzieht.

2) Erman-Ronke, § 32 Rdn. 28 ff: Es wird dabei konzediert, daß man sehr stark auf den jeweiligen Einzelfall abstellen müsse. Ebenfalls so, aber zunehmend kritisch: BGB-RGRK-Wüstenberg, aaO Anm. 37 ff; Palandt-Diederichsen, § 32 Anm. 8 aE

3) Soergel-Siebert-Donau, § 32 Rdn. 26

4) Soergel-Siebert-Donau, aaO; auch Dölle-Binder, S. 323

In der Zeit vor dem Nationalsozialismus galt die Religionszugehörigkeit nicht als persönliche Eigenschaft des Menschen. [1] Die Ansicht des Nationalsozialismus, wonach die Religionszugehörigkeit doch persönliche Eigenschaft war, wurde nunmehr beibehalten, jedoch ohne die nationalsozialistische Konsequenz. [2] Dabei blieb streitig, ob ein entsprechender Irrtum den Aufhebungskläger bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten hätte. Überwiegend wurde dies für Ausnahmefälle für möglich gehalten, [3] eine Minderansicht hielt einen solchen Irrtum stets für unbeachtlich. [4]

4. Synoptischer Vergleich

§ 1333 BGB	Eine Ehe kann von dem Ehegatten angefochten werden, der sich bei der Eheschließung in der Person des anderen Ehegatten oder über solche persönliche Eigenschaften des anderen Ehegatten geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung abgehalten haben würden.
§ 37 I EheG	Ein Ehegatte kann Aufhebung der Ehe begehren, wenn er sich bei der Eheschließung über solche die Person des anderen Ehegatten betreffende Umstände geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der

1) Siehe Teil 2 III 2 a
2) Hoffmann-Stephan, aaO Rdn. 118 ff; BGB-RGRK-Wüstenberg, aaO Anm. 50 ff; Gerold, aaO Rdn. 24
3) Hoffmann-Stephan, aaO Rdn. 119 mwN
4) v. Godin, § 32 Anm. 6; Palandt-Diederichsen, § 32 Anm. 8

Sachlage und bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten hätten.

§ 32 I EheG — Ein Ehegatte kann Aufhebung der Ehe begehren, wenn er sich bei der Eheschließung über solche persönlichen Eigenschaften des anderen Ehegatten geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden.

IV. Die Eheauffassung des BGH dargestellt am Beispiel des § 48 EheG

1. Zur legislativen Entwicklung des § 48 EheG

a) Zur Frage der Anwendbarkeit von § 48 EheG 46 in der Rechtsordnung der Bundesrepublik

Durch den unveränderten Wortlaut des Gesetzestextes war der BGH ebenso wie das RG in der Situation, Aussagen über das Wesen der Ehe und die sittliche Rechtfertigung ihrer Aufrechterhaltung zu machen.

Gegenüber dem RG hatte der BGH aber eine wesentlich schwierigere Ausgangsposition, sich zum Wesen der Ehe und der sittlichen Rechtfertigung zu äußern, obwohl es eine gesetzliche Definition weder in den ehemaligen Rechtsnormen des BGB noch im Ehegesetz von 1938 noch im Ehegesetz von 1946 gab. Dafür konnte das Reichsgericht bei der Konkretisierung ausfüllungsbedürftiger Wertbegriffe auf die Amtliche Begründung und die übrigen Materialien

zum Ehegesetz 1938 zurückgreifen. Daraus ließen sich weitgehende Hinweise auf die Wertvorstellungen des Gesetzgebers entnehmen, zumal sich das RG an diese gesetzgeberischen Wertungen besonders gebunden fühlte.

Der BGH dagegen hatte keine Auslegungshilfen zur Verfügung. § 48 a. F. EheG 46 stimmte zwar abgesehen von der Hinzufügung des Absatz III mit § 55 EheG 38 überein, [1] aber die gesetzgeberischen Grundwertungen waren mit dem Zusammenbruch des Dritten Reichs entfallen. Die Richter waren nun vor die Problematik gestellt, die entfallene nationalsozialistische Grundlage durch andere juristische Maßstäbe zu ersetzen und das entstandene Vakuum aufgrund fehlender gesetzlicher Wertungen auszufüllen. Hierin liegt das Hauptproblem zum Wesen der Ehe, besonders in den Urteilen zu § 48 II a. F. EheG 46. [2]

Sofort nach Beginn seiner Tätigkeit, mußte sich der BGH mit der Frage beschäftigen, ob § 48 EheG 46 sachlich-rechtlich gültig war. Es wurde vertreten, daß diese Norm gegen die objektive sittliche Ordnung und gegen das sittliche Bewußtsein der abendländischen Völker verstoße. [3]

Der BGH führte dazu folgendes aus: [4] Es lasse sich zwar nicht verkennen, daß das Ehegesetz von 1938 nach dem Willen und den Plänen der damaligen Machthaber als Mittel zur Erreichung bevölkerungs- und rassenpolitischer Ziele und zur Bekämpfung der kirchlichen Eheauffassung habe dienen sollen; doch komme es nicht darauf an, aus welchen Gründen eine Vorschrift seinerzeit eingeführt und wie sie gehandhabt worden sei, entscheidend sei vielmehr,

---

1) Ein, wie H. Schneider, Fs Kern S. 442 betont, in der Rechtsgeschichte wohl einmaliger Vorgang, daß bei unverändertem Wortlaut ein völliger Wandel des Rechts sich ergab.
2) Vgl. Rüthers, Auslegung S. 420 f
3) Schneider NJW 1953, 281; Habscheid, MDR 1953, 337
4) BGHZ 1, 87 ff

ob sie unter Ausschaltung dieser Zwecke und Ziele noch zu vernünftigen, brauchbaren und sittlich zu rechtfertigenden Ergebnisses führen könne; diese Frage müsse für § 48 EheG bejaht werden - besonders auch deshalb, weil bereits vor 1933 gesetzgeberische Erwägungen in der Richtung angestellt worden seien, nach skandinavischem Vorbild eine langjährige Heimtrennung in Verbindung mit einer tiefgehenden Ehezerrüttung als Scheidungsgrund anzuerkennen. [1)]

b) Synopse der Entwicklung des Gesetzestextes der Heimtrennungsklage

§ 55 I EheG 38	§ 48 I EheG 46
Ist die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten, so kann jeder Ehegatte die Scheidung begehren.	wie § 55 I EheG 38

1) Der Ansicht Habscheids, aaO, sollte zugestimmt werden, daß diese Diskussion für den Richter ineffektiv ist, da diese Norm, solange sie Gesetz ist, angewandt werden muß. Der Richter muß dabei allerdings beachten, daß Art. 6 I GG Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt - nicht die Institution an sich, sondern auch jede einzelne Ehe, jede einzelne Familie.

§ 55 II EheG 38
Hat der Ehegatte, der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, so kann der andere der Scheidung widersprechen. Der Widerspruch ist nicht zu beachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist.

§ 48 II a. F. EheG 46
wie § 55 II EheG 38

§ 48 III EheG 46
Dem Scheidungsbegehren ist nicht stattzugeben, wenn das wohlverstandene Interesse eines oder mehrerer minderjähriger Kinder die aus der Ehe hervorgegangen sind, die Aufrechterhaltung der Ehe erfordert.

Fassung des § 48 II n. F. EheG 46, eingeführt durch FamRÄndG 1961
Hat der Ehegatte der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, so darf die Ehe gegen den Widerspruch des anderen Ehegatten nicht geschieden werden, es sei denn, daß dem widersprechenden Ehegatten die Bindung an die Ehe und eine zumutbare Bereitschaft fehlt, die Ehe fortzusetzen.

§ 48 EheG 46 bis zum 1. EheRG setzt sich wie folgt zusammen:

Abs. I	Wortlaut des § 55 I EheG 38	Gesetzgeber: Nationalsozialisten
Abs. II	Wortlaut seit 1961	Gesetzgeber: Bundesrepublik
Abs. III	Wortlaut seit 1946	Gesetzgeber: Alliierter Kontrollrat

2. Die Interpretation zum Wesen der Ehe in § 48 a. F. EheG 46

Eine konkrete Auseinandersetzung mit dem Begriff des Wesens der Ehe findet sich in den Entscheidungen des BGH zu § 48 a. F. nicht. Es fehlt aber nicht an Aussagen des Gerichts, in denen der Begriff argumentativ verwandt wird, so daß es möglich ist, diese Aussagen zusammenzufassen und zu schlagwortartigen Strukturmerkmalen des Wesens der Ehe zu gelangen.

Bereits oben bei den Ausführungen zu Art. 6 I GG wurde angeführt, daß als wesentliche und unbestritten geltende Strukturmerkmale gelten:

1. Monogamischer Charakter
2. Freiwilliger Abschluß
3. Lebenslängliche Dauer
4. Lebensgemeinschaft

In diesem Definitionskreis bewegen sich entsprechend auch die Äußerungen des BGH, wobei auf einige Erweiterungen struktureller Art in den Ansichten des Gerichts einzugehen sein wird.

a) Die Ehe als monogame Ehe

Ohne eine nähere Begründung wird die Ehe als eine zwischen dem Mann und einer Frau bestehende Gemeinschaft bezeichnet. [1] Expressis verbis wird darauf z. B. in einem Urteil zu einem Bigamiefall hingewiesen, wo das Wesen der Ehe als Einehe festgestellt wird. [2] Auch in BGHZ 1, 87 (91) sagt der BGH, daß außerhalb der Einzelehe gelegene Erwägungen gänzlich außer Betracht zu bleiben

1) Bereits im Gesetz: § 1 EheG "Mann" und "Frau"
2) BGHSt 6, 46 (53)

haben. Keiner näheren Erörterung bedarf das Faktum, daß nur die monogame Ehe als die "richtige" angesehen wird, weshalb nur diese Form "Ehe" ist und dementsprechend nur die Einehe dem Wesen der Ehe entspricht. Interessanter ist die Frage, warum dies so diskussionslos gilt, denn z. B. ist auch eine bigamische Ehe bis zu ihrer Vernichtung durchaus existent. [1] Von diesem etwas formalen Argument abgesehen, ist es durchaus nicht zwingend, unabdingbar wesensimmanent, daß eine Ehe nur aus zwei Personen zu bestehen hat. Obwohl seltsam anmutend, wäre ein System, in dem z. B. zwei Männer und eine Frau oder umgekehrt verheiratet wären, denkbar. [2] Einige kurze historische Fakten begründen jedoch die fraglose Bestimmung des monogamischen Charakters als wesensimmanent:

Zunächst unterlagen Partnerwahl, Eheschluß und innere Ordnung der Ehe den Sippen- und Geschlechterverbänden oder der Familie. Daneben trat mit fortschreitender Christianisierung die kirchliche Ehelehre. Durch sie wurde die Ehe zu einer besonderen, einem individuellen Vertragsverhältnis ähnlichen Form der Lebens- und Liebesgemeinschaft. Deshalb ist in den europäischen Kulturen die auf Einwilligung beruhende Einehe schon frühzeitig zur Regelform geworden. [3] Aus dieser Tradition heraus kann nur verständlich sein, daß Beitzke schreibt: [4]

"Die Ehe ist in den modernen Kulturrechten (anders z. B. in den mohammedanischen Rechten) notwendig monogam."

Es bleibt aber mit Bischoff [5] festzuhalten, daß sich das Postulat der Einehe weder aus "natürlichen Tatsachen", aus dem "Wesen

---

1) So auch Henrich, Lehrbuch S. 21
2) Polygamie und Polyandrie sind Erscheinungsformen der Ehe, die es in anderen Kulturkreisen seit jeher gibt.
3) Vgl. Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 5 S. 250
4) Beitzke, Lehrbuch
5) Bischoff, Diss., S. 17

des Menschen" noch aus einer apriorisch-absoluten Weltordnung folgern läßt. Die monogamische Ehe ist somit im wesentlichen als kulturbedingte Setzung den Untersuchungen über das Wesen der Ehe zugrunde zu legen.

b) Die lebenslängliche und unauflösliche Ehe

Die sehr umstrittene Frage, ob eine Zivilehe grundsätzlich unlöslich und ihre Auflösung nur ausnahmsweise auch bei objektiver Zerrüttung der Ehe zulässig ist, läßt sich aus dem Gesetz nicht allein beantworten. Diese Wertungsfrage kann nur nach den dem Gesetz übergeordneten ethischen und weltanschaulichen Prinzipien beantwortet werden. Das Gesetz selbst gestattet die Scheidung aus den in ihm angeführten Gründen. Jedoch ist für seine Anwendung in hohem Maße die weltanschaulich bedingte Grundentscheidung über die grundsätzliche Löslichkeit und Unlöslichkeit der Ehe bedeutsam. Das zeigt sich darin, daß die Scheidung nach der jeweils herrschenden weltanschaulichen Grundeinstellung bei gleichem Wortlaut unterschiedlich gehandhabt worden ist.

Es sei nur kurz an die Weimarer Zeit und an den Nationalsozialismus erinnert. Zur Weimarer Zeit waren die Richter, dem allgemeinen Empfinden entsprechend, sehr zurückhaltend in ihrer Auffassung von der Scheidungsmöglichkeit und vertraten eine sehr bewahrende Haltung. [1] Ganz im Gegensatz dazu steht die Zeit des Nationalsozialismus, in der alle Ehen geschieden wurden, wenn sie den rasse- und bevölkerungspolitischen Ansichten der nationalsozialistischen Ideologie widersprachen.

Es soll nun an zwei Entscheidungen gezeigt werden, welche Haltung der BGH bei der Frage der Lebenslänglichkeit

1) Dazu Mitteis, Festgabe S. 203

und Unauflöslichkeit vertrat. In dem ersten Urteil heißt es: [1]

"Das Wesen der Ehe, als die Verwirklichung der durch das feierliche Treuegelöbnis begründeten dauernden Verbindung ..."

Aus der sehr wichtigen zweiten Entscheidung dazu: [2]

"Nach diesem ihrem Wesensbild ist die Ehe grundsätzlich unlöslich, denn die tiefen persönlichen Beziehungen, die in einer ehelichen Gemeinschaft zwischen Mann und Frau ... begründet und entfaltet werden sollen, vertragen es ihrem Wesen und inneren Werten nach nicht als Beziehung "auf Zeit" aufgefaßt zu werden. Sie von vornherein der Möglichkeit einer Lösung und der Ersetzung durch entsprechende Beziehungen zu anderen Personen auszusetzen, würde bedeuten, sie in ihrem wesensmäßigen Bestand und in ihrem inneren Werte anzutasten und mit dem Keim des inneren Zerfalls zu behaften."

Somit faßt der BGH [3] seine Rechtsprechung wie folgt zusammen:

"Die Ehe besteht ihrem sittlichen Wesen nach, wie es auch das geltende Eherecht trotz der von ihm vorgesehenen Scheidungsmöglichkeiten zugrunde legt, in der Begründung und fortwährenden Verwirklichung einer bis zum Tode eines Ehegatten fortdauernden und zur Familiengemeinschaft sich erweiternden Lebensgemeinschaft der Ehegatten ... Nach diesem ihrem Wesensbild ist die Ehe grundsätzlich unlöslich."

Hier ist nicht von der Hand zu weisen, daß der BGH dabei der Auffassung von Bosch [4] folgt, der die Ehe zwar "durch das Naturereignis des Todes eines Gatten, grundsätzlich aber nicht durch eine Ingerenz des Staates mittels seines Scheidungsrichters" für auflösbar hält. Der BGH verkennt dabei nicht, daß die Ehe nach deutschem Recht beim Vorliegen gesetzlicher Scheidungsgründe auflösbar ist. Die Frage, wann das im Falle des § 48 II a. F. EheG 46 zu geschehen habe, sei aber nach sittlichen Maßstäben, insbesondere vom sittlichen Wesen der Ehe her, zu beantworten, ohne daß das Gesetz dem Richter eine positive Regelung an die Hand gibt.

---

1) BGHZ 1, 262 (264)
2) BGHZ 18, 13 (17); auch BGH FamRZ 1960, 187 (188); zur Unauflöslichkeit auch Wilkens FamRZ 1969, 57 (58)
3) BGHZ 18, 13 (17)
4) Bosch, Neue Rechtsordnung S. 58

Der BGH unterscheidet also die ihrem sittlichen Wesen nach unauflösliche Ehe von der nach positivem Recht auflösbaren Ehe. Diese Auffassung der Unlöslichkeit der Ehe, die eine religiöse ist, tritt sehr deutlich in einem Gutachten des 1. Zivilsenats für das Bundesverfassungsgericht zur Frage der Gleichberechtigung der Geschlechter hervor. [1]

"... Was die Menschen- und Personenwürde angeht, so sind Mann und Frau völlig gleich; und das muß streng in allem Recht zum Ausdruck kommen. Streng verschieden sind sie aber nicht nur im eigentlich Biologisch-Geschlechtlichen, sondern auch in ihrer seinsmäßigen, schöpfungsmäßigen Zueinanderordnung zu sich und dem Kind in der Ordnung der Familie, die von Gott gestiftet und daher für den menschlichen Gesetzgeber undurchbrechbar ist. Die Familie ist nach der Schöpfungsordnung eine streng ihrer eigenen Ordnung folgende Einheit; Mann und Frau sind "ein Fleisch". An diesen Urtatbestand (außerhalb des ehelichen Bereichs) Rechtsformen gesellschaftlicher Art herantragen zu wollen, ist widersinnig." 2)

Exkurs: Der Einfluß des kirchlichen Eherechts auf die Rechtsprechung des BGH

Der Standpunkt der grundsätzlichen Unauflöslichkeit der Ehe weist deutlich auf den Einfluß der beiden großen christlichen Religionen - vornehmlich der katholischen - auf die Rechtsprechung des BGH hin. Nur exkursartig soll hier in aller Kürze auf die Anschauung des Katholizismus und Protestantismus zur Frage der Unauflöslichkeit und der Auffassung des BGH eingegangen werden.

---

1) BGHZ 11 Anhang S. 65
2) Hervorhebungen befinden sich nicht im Zitat

aa) Wesentliche Merkmale des katholischen Eherechts

Die geltende katholische Ehelehre bestimmt die Ehe unter Getauften (nicht nur unter Katholiken) als eine zum Sakrament erhobene Institution. Unter Bezug auf die Heilige Schrift ist die Ehe eine Einrichtung des Naturrechts, unauflöslich und ausschließlich. Sie ist auf drei Ziele ausgerichtet: Die Familiengemeinschaft, die Geschlechtsgemeinschaft und die Kinderzeugung. [1)]

Der wohl bedeutsamste Grundsatz des kirchlichen Eherechts ist die Bestimmung der Unauflöslichkeit der vollzogenen sakramentalen Ehe, [2)] sozusagen das Fundament des kanonischen Eherechts. [3)] Aber erst durch die Vollziehung der Geschlechtsgemeinschaft (copula carnalis) wird die Verbindung zur unauflöslichen Ehe (matrimonium consummatum). Nach c. 1118 ist eine gültig geschlossene und vollzogene Ehe unter Getauften durch keine menschliche Gewalt und aus keinem Grunde, es sei denn durch den Tod, auflösbar; Ehebruch des einen Teils oder andere unerträgliche Verhältnisse berechtigen nur zu einer Trennung von Tisch und Bett, niemals zu einer Wiederverheiratung bei Lebzeiten des anderen Ehegatten, c. 1129 f.

Dieser Grundsatz blieb im Laufe der Jahrhunderte nicht ein auf die katholische Kirche beschränktes Eheideal, sondern setzte sich im abendländischen Kulturkreis durch. Ergänzt wird der Gedanke der Unauflöslichkeit durch den weiteren Grundsatz, daß jede Ehe und überhaupt jeglicher ehelicher Verkehr auf die Zeu-

---

1) Der Grundsatz der Unauflöslichkeit geht auf das Tridentinum (1545 - 1563) und bestätigt durch das II. Vatikanum (1962 - 1965) zurück.

2) CIC c. 1013; dazu Herrmann, Ehe und Recht, passim; Müller-Freienfels, aaO, passim; Mitteis-Lieberich, aaO S. 52 ff; Meyers Enzykl. Lexikon, Bd. 7 Stichwort Ehe, ebenso Brockhaus Bd. 5

3) Mikat, FamRZ 1962, 83

gung von Kindern ausgerichtet ist. Wer bei zu Recht bestehendem Eheband eine andere Ehe zu schließen sucht, wird der kirchlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt, und, verharrt er in solchem Verhältnis, mit Ausschluß aus der Kirche bedroht, c. 2336.

Dieses strenge Gesetz der Kirche erscheint heute im Vergleich mit den alltäglichen Realitäten recht anzweifelbar. Neundörfer versucht die Haltung der Katholischen Kirche dahingehend zu erklären: [1] [2]

"Wenn trotzdem die Kirche so unbedingt die Teilung und Lösung der Geschlechtsgemeinschaft ablehnt ..., so hat das einen Grund letztlich in jenem überpersönlichen Gehalt der christlichen Ehe. Zu ihr soll der Gnadenbund Gottes mit der Menschheit sich aus-

---

1) Neundörfer, Kirchl. Eherecht S. 61

2) Bedeutsamen Einfluß auf die Eheauffassung hatten zum Beginn des 19. Jahrhunderts die idealisierten Ehevorstellungen der Romantik. Ausgehend von der idealisierten Form der Ehe kam auch sie zu ihrer grundsätzlichen Unauflöslichkeit, jedoch mit Formen der Scheidung aus einem dem Gedanken der Zerrüttung ähnlichen Ansatz. Gedanklich ging diese romantische Richtung von der völligen Verinnerlichung der Gatten aus, deren Folge die Überspielung des Geschlechtlich-Sinnlichen durch das seelisch-geistige personale Erlebnis der Gatten ist. Für Fichte verliert die Ehe weitgehend ihren rechtlich-institutionalisierten Charakter und wird wesentlich zu einem personalen oder moralischen Verhältnis der Gatten, aus dessen jeweiliger Verfassung sich die Rechtsfolgen als Sekundärfolgen dann zwangsläufig ergeben; Sinn und Kennzeichen der Ehe ist die "vollkommene Vereinigung zweier Personen beiderlei Geschlechts, die ihr eigener Zweck ist." Die Ehe entsteht ohne das Recht und kann von diesem nur anerkannt werden. Entsprechend ist für ihn die Ehe unzertrennlich und ewig, entsteht jedoch Streit zwischen den Eheleuten, ist die Trennung schon geschehen und die rechtliche Scheidung kann folgen. Schleiermacher geht davon aus, daß der wahre Begriff der Ehe die "Einheit der Geschlechtsgemeinschaft mit ihrer Unauflöslichkeit" voraussetzt. Auch Hegel sieht die Ehe vorrangig im seelischen Bereich der Gemeinschaft begründet und kommt auch zu einer Form der Unauflöslichkeit, erkennt jedoch bestimmte Scheidungsgründe in der Art der Zerrüttung an, nach Mikat, aaO S. 500 ff

drücken und auswirken. Dieser Bund ist absolut unteilbar und unlösbar, aber auch von weltüberwindender Kraft. Als Organ dieses Bundes und nur in dieser Eigenschaft, kann und muß die christliche Ehe die Einheit und Unauflöslichkeit unter allen Umständen bewahren."

bb) Wesentliche Merkmale des protestantischen Eherechts

Die weltliche Gewalt in Gestalt des modernen Staates, hat Eherecht und Ehegerichtsbarkeit mit der geistigen Unterstützung namentlich des Protestantismus (Luther, Melanchthon, Calvin), des Gallikanismus und der rationalen Naturrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts nach und nach an sich gezogen. [1)]

Nachdem der Grundsatz der absoluten Unauflöslichkeit der Ehe sich im gesamten abendländischen Kulturkreis durchsetzen konnte, brachte die Reformation eine entscheidende Wende. Luthers andere Glaubensüberzeugung mit seinem neuen Verständnis des Verhältnisses von Gesetz und Evangelium führte schließlich zu einer Ablehnung der Sakramentalauffassung der Ehe. Damit wurde der Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe aufgegeben. [2)]

Nach evangelischer Auffassung ist die Ehe in der Schöpfung des Menschen von Gott gestiftet. [3)] Die Reformatoren verstanden die Ehe von der Schöpfungsordnung her als für alle Menschen, nicht nur für die Christen eingerichtet und bestritten daher ihren sakramentalen Charakter; Luther nannte die Ehe

"eyn eußerlich leyplich ding wie andere weltliche hantierung"
"Es kan ia niemand leucken, das die ehe ein eußerlich weltlich ding ist wie kleider und speise, haus und hoff, weltlicher ober-

1) Dölle-Schönfeld, S. 57
2) Dazu Mikat, aaO S. 84
3) Vgl. Altes Testament, 1. Buch Mose 1. 27 ff; 2. 18, 24

keit unterworfen wie das beweisen so viel keiserliche rechte daruber gestellet." 1)
Zwar verwarf er die Sakramentsnatur und die Ehejurisdiktion der Kirche, war aber keineswegs für das Prinzip der Scheidung. Er feierte die Ehe als "allergeistlichsten Stand", als einen "echten himmlischen, geistlichen und göttlichen Stand" und eine Schule des Glaubens und der Liebe. 2)

Hervorgerufen durch die Reformation wurde der Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe erschüttert und einem weltlichen Scheidungsrecht der Weg geebnet. 3) 4)

cc) Kritische Stellungnahme

Aus den obigen Ausführungen des BGH läßt sich entnehmen, daß das Gericht eine Behauptung aufstellt, indem es von der Unauflöslichkeit der Ehe spricht, was die Lebenslänglichkeit der Ehe bedeutet. Wie die Darstellung der Kirchenrechte zeigt, ist der Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe aus dem katholischen Eherecht entlehnt. Dieser katholische Standpunkt des BGH vor allem in den fünfziger Jahren läßt sich vielleicht dadurch erklären, daß die Folge der völligen Zerstörung und Deformierung sozialer Strukturen und Werte durch den Nationalsozialismus, das Bestreben der Rechtsprechung mehr zum katholischen Eherecht tendieren ließ, weil es durch seine enorme Strenge gegenüber dem Gläubigen eher eine konsolidierende Wirkung auf die Eheauffassung und Scheidungstendenzen versprach, als die relativ liberale Haltung der evangelischen Kirche. Ungefähr die Hälfte

1) Zit. nach Mikat, aaO S. 85
2) Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 5 S. 251
3) Dölle-Schönfeld, aaO
4) Vgl. Mikat, aaO S. 85 ff

der Bevölkerung der Bundesrepublik sind Katholiken, [1] so daß allein durch die große Anzahl der mögliche Einfluß der strengen Religionsauffassung auf die Rechtsprechung sich erklären läßt.

Weiterhin spricht dafür, daß sich der BGH am Beginn seiner Spruchpraxis nach dem Weltkrieg der strengen Eheauffassung zuwandte, die Situation der gänzlichen Umorientierung als Folge des Verschwindens der nationalsozialistischen Eheauffassung. Hier konnte das (katholische) Eheverständnis in seiner Allgemeinverbreitung in der abendländischen Kultur als allgemeinverbindlich aufgegriffen und verkündet werden.

Inwieweit ein solches Vorgehen sich damit vereinbaren läßt, daß das BGB im Prinzip seiner Ehekonzeption eine religiöse und weltanschauliche Neutralität wahrt, [2] erscheint fraglich. So ist diese Rechtsprechung heute von der Zeit, der Entwicklung des Eheverständnisses und der Veränderung des Verhältnisses von Mann und Frau überholt worden und den Realitäten nicht angemessen. Mit Recht wurde der Einfluß der Kirchen bezüglich der rechtlichen Fragen zur Ehe immer geringer, denn konfessionelle Betrachtungen zum Wesen der Ehe sind keine Aspekte bei der Frage der Scheidung oder Aufrechterhaltung einer Ehe. Das gilt besonders dann, wenn die Ehe als eine rein rechtliche Institution aufgefaßt wird, die zur Regelung des Zusammenlebens von Mann und Frau notwendig ist. Nur als Rechtsinstitut oder als Regelungsinstrument, den Gegebenheiten sich anpassend, kann sie den Bedingungen einer pluralistischen Gesellschaft folgen.

---

1) 1964: 27,1 Mio Katholiken, 29 Mio Protestanten, Brockhaus, aaO Bd. 4 S. 634; 1977 war ein genauer Gleichstand von Katholiken und Protestanten zu verzeichnen.

2) Dölle-Schönfeld, aaO S. 57

c) Die Ehe als engste menschliche Lebensgemeinschaft

In verschiedenen Urteilen des BGH wird das Wesen der Ehe als engste menschliche Lebensgemeinschaft bezeichnet. So z. B.:

"Wesensmäßig wichtig ist, ob und in welchem Maße die Ehe vor ihrer Zerrüttung zu einer Lebensgemeinschaft geworden und in welchem Maße diese entwicklungsfähig war. Je mehr sich in ihr das Wesen der Ehe erfüllt hat, d. h. je mehr sie bereits an Tiefe und Fülle der gegenseitigen Beziehungen, der gemeinsamen Lebensinhalte, Interessen und Schicksale der Ehegatten gewonnen hatte, ..." 1)

In diesem Urteil wird der Begriff der Lebensgemeinschaft als eine gegenseitige Beziehung bezeichnet, die reich an seelischer Tiefe von gemeinsamen Lebensinhalten durchdrungen ist. Die gemeinsamen Lebensinhalte können sehr vielfältiger Art sein, z. B. Kinder, der beiderseitige Wunsch etwas Gemeinsames zu schaffen, sei es wirtschaftlicher oder individueller Hinsicht etc.

Weitere Forderungen an die eheliche Lebensgemeinschaft werden in dieser Entscheidung so formuliert: 2)

"Je mehr auf der anderen Seite das Verhalten des Ehewilligen, der Scheidung widersprechenden Ehegatten mit den aus dem Wesen der Ehe sich ergebenden Verpflichtungen in Einklang steht, um so eher ist die Aufrechterhaltung der Ehe sittlich geboten. Hier wird insbesondere auch zu beachten sein, in welchem Maße er sich für die Verwirklichung der ehelichen Gemeinschaft eingesetzt und welche leiblichen, seelischen und materiellen Opfer er um ihretwillen gebracht hat."

Somit kann zu der bereits oben begonnenen näheren Bestimmung dessen, was der BGH unter einer ehelichen Lebensgemeinschaft versteht, folgendes hinzugefügt werden: Eine eheliche Lebensgemeinschaft im Sinne des BGH ist dann verwirklicht, wenn die Ehegatten um der Aufrechterhaltung der Ehe willen bereit sind, leibliche, seelische und materielle Opfer zu bringen. Zu dem Begriff der Lebensgemeinschaft tritt nach Ansicht des BGH noch hinzu,

---

1) BGHZ 1, 87 (91)
2) BGHZ 1, 87 (93)

daß dann das Wesen der Ehe erfüllt ist, wenn zu der dauernden Verbindung noch eine "den ganzen Lebensbereich erfassende Gemeinschaft" hinzukommt. [1] Weiterhin sieht der BGH auch in der Verwirklichung der ehelichen Gemeinschaft das Wesen der Ehe begründet, und in einer Entscheidung, in der die Eheleute eine Nichtverwirklichung der Ehe vereinbarten (also keine sexuelle Beziehung zueinander haben wollten), äußerte er sich wie folgt dazu: [2]

"Derartige rechtlich unverbindliche Vereinbarungen und eine dementsprechende Einstellung der Parteien mußten es allerdings von vornherein erschweren, daß diejenige innere eheliche Verbundenheit und Gemeinschaft zustande kam, auf die hin jede Ehe angelegt ist, und um deren Verwirklichung sich die Eheleute nach dem der Ehe eigentümlichen Wesen von der Heirat an fort und fort zu bemühen haben."
"Die Ehe ist die engste menschliche Lebensgemeinschaft." 3)

Zusammenfassend läßt sich folgender Anspruch des BGH an die eheliche Lebensgemeinschaft feststellen: Eine Ehe ist dann die engste menschliche Lebensgemeinschaft, wenn sich in ihr das Wesen der Ehe erfüllt hat. Dazu ist notwendig, daß die gegenseitigen Beziehungen Tiefe und Fülle haben, und zwar durch gemeinsame Lebensinhalte, Interessen und Schicksale der Ehegatten. Eine Verwirklichung der ehelichen Gemeinschaft ist insbesondere dann gegeben, wenn die Ehegatten sich für diese einsetzen und bereit sind, um ihretwillen leibliche, seelische und materielle Opfer zu bringen. Die Gemeinschaft der Eheleute soll den ganzen Lebensbereich umfassen, also auch die sexuelle Seite der Verbindung.

Betrachtet man die obige Zusammenfassung, so läßt sich feststellen, daß die einzelnen Punkte, die der BGH zur Lebensgemein-

---

1) BGHZ 1, 262 (264)
2) BGH LM Nr. 42 zu § 48 II EheG
3) BGHZ 1, 87 (90)

schaft zählt, als richtig zu bejahen sind. Sieht man die einzelnen Aufzählungen im Zusammenhang, wird man bemerken, daß die Ansprüche des BGH an die eheliche Lebensgemeinschaft die einer Idealehe sind. Solche Ehen mag es geben, sicherlich sind sie äußerst seltene Ausnahmefälle, die nur bestätigen, daß es solche Ehen eigentlich nicht gibt, sondern daß die Realitäten beweisen: eine Ehe wird von zwei Menschen mit Fehlern und Schwächen zu einer individuellen und mangelhaften Form der Idealehe geformt.

d) Die Erzeugung und Erziehung von Kindern

Der BGH erklärt in einem Urteil, [1] in dem der Kläger mit dem Wunsche an die Beklagte herantrat, ein Kind zu bekommen, und sie dieses aufgrund der unglücklichen Lebensumstände (Kriegswirren) ablehnte, folgendes:

"Wenn die Beklagte zu der Zeit, als der Kläger mit dem Wunsche an sie herantrat, sich untersuchen und operieren zu lassen, deshalb gegen die sofortige Erfüllung dieses Wunsches Bedenken hatte, weil sie befürchtete, bei einem unglücklichen Ausgang des Krieges mitsamt einem etwa inzwischen von ihr geborenen Kinde in eine Katastrophe oder doch in außerordentlich unglückliche Lebensumstände hineingezogen zu werden, so kann diesen Bedenken auch bei Würdigung des Wesens der Ehe als einer Gemeinschaft der Ehegatten, die sich entsprechend ihrem natürlichen Zweck durch Erzeugung und Heranbildung von Kindern zur Familie erweitern soll, möglicherweise die volle sittliche Berechtigung nicht abgesprochen werden."

Also ist der Zweck der Ehe Kinder zu erzeugen und heranzubilden. Auch in einer anderen Äußerung [2] sagt der BGH:

"Innerhalb der strengen Einheit der Familie sind Stellung und Aufgabe von Mann und Frau verschieden. Der Mann zeugt Kin-

---

1) BGHZ 1, 87 (95)
2) BGHZ Anhang 11, 65

der; [1] die Frau empfängt, gebiert und nährt sie und zieht die Unmündigen auf."

Aus dieser Formulierung geht hervor, daß das oben Genannte der Zweck einer Ehe ist und ihr auch wesensmäßig.

Hier zeigen sich einige interessante Parallelen. Bereits im ALR (§§ 1, 2 Teil II, Titel 1) hieß es, daß der Hauptzweck der Ehe die Erzeugung und Erziehung von Kindern sei. Das wird auch von der katholischen Kirche vertreten (Enzyklika "Casti Connubii", Pius XI 1930). Schließlich stand auch die nationalsozialistische Bevölkerungspolitik unter dem Aspekt, die Ehebildung zur Erhaltung von Nachwuchs zu fördern.

Um die Frage zu klären, woher der BGH diese Anschauungen schöpft, muß man wiederum auf den kirchlichen Einfluß verweisen.

Ein Hauptpunkt der katholischen Ehelehre ist die Hinordnung nicht nur der Ehe im ganzen, sondern jeglichen ehelichen Verkehrs auf die Kindererzeugung. [2] Die evangelische Lehre sagt, daß der Zweck der Ehe nicht nur sei, Kinder zu erzeugen, sondern diese auch in der Furcht Gottes und zu Gottes Dienst und Ehre zu erziehen. [3]

So absolut wie der BGH diesen, dem Wesen der Ehe entsprechenden Zweck der Ehe, ausspricht, behandelt die Literatur dieses Problem nicht. So sagt z. B. Gernhuber: [4]

"Vielfach ist in der Rechtsgeschichte die Erweiterung der Ehe zur Familie als ein dem Wesen der Ehe entsprechender Vorgang empfunden worden. Uns erscheint die Ehe dagegen als vollwertige Ehe auch dann noch, wenn sie kinderlos bleibt."

---

1) Wobei der Zeugungsakt aufgrund biologischer Gegebenheiten eine Sache von Mann und Frau ist. Dies verkennt der BGH bei seiner Meinungsäußerung!
2) Brockhaus Enzyklopädie, Bd. 5 S. 251
3) Brockhaus Enzyklopädie, aaO
4) Gernhuber, Lehrbuch S. 22

Beitzke: [1]

"Die Fortpflanzung ist kein notwendiger Zweck der Ehe, obwohl sie mit dem Wesen der Ehe aufs Engste verbunden ist. Eine Abrede der Ehegatten, keine Kinder zeugen zu wollen, wäre als gegen das Wesen der Ehe verstoßend nichtig ... Auch ohne Fortpflanzung hat sich im Zusammenhalt der Gatten das sittliche Wesen der Ehe zu bewähren."

Diesen Ansichten wird hier nicht gefolgt. Die Verwirklichung des Wesens der Ehe darf nicht an die Bedingung geknüpft werden, Kinder zu bekommen. Jedes Paar sollte für sich selbst entscheiden, ob es Nachkommen haben will oder nicht. [2] Häufig entsteht aber der Eindruck, daß Kinder aus sehr unüberlegten Erwägungen in die Welt gesetzt werden, worunter diese nur zu leiden haben. Ob aber eine mehr oder weniger reflektierte Fortpflanzung dem Wesen der Ehe entspricht, mag dahingestellt sein. Es sollte aber doch darüber nachgedacht werden, warum man Kinder bekommt. Im Rahmen dieser Fragestellung wird wiederum der kirchliche Einfluß auf das "Denken der Gesellschaft" ersichtlich, daß die Ehe eben zur Erzeugung und Erziehung von Kindern bestimmt sei. Es gibt aber keinen Grund, über die Ansicht der Paare befremdet zu sein, die als Folge von Überlegungen es ablehnen, Kinder in die Welt zu setzen. [3] Es gibt in unserer heutigen Welt durchaus

---

1) Beitzke, Lehrbuch S. 25

2) Neueste Ergebnisse zeigen, daß ungefähr 5 % der jüngeren Ehen keine Kinder mehr haben möchten. Inwieweit diese Auffassung auch durchgehalten wird, bedarf sicherlich noch weiterer Untersuchungen.

3) Schon Kant sah nicht den Zweck der Ehe in der Kindererzeugung und -erziehung begründet. Er sagte: "Der Zweck Kinder zu erzeugen und zu erziehen, mag immer ein Zweck der Natur sein, zu welchem sie die Neigung der Geschlechter gegeneinander einpflanzte; aber daß der Mensch, der sich verehelicht, diesen Zweck sich vorsetzen müsse, wird zur Rechtmäßigkeit dieser seiner Verbindung nicht erfordert; denn sonst würde, wenn das Kinderzeugen aufhört, die Ehe sich zugleich von selbst auflösen. Es ist nämlich, auch unter Voraussetzung der Lust zum wechselseitigen Gebrauch der Ge-

starke Argumente, keine Kinder zu zeugen. Drohende (bereits eingetretene) Umweltzerstörung, Überbevölkerung, Hungers- und Wassernot, Energienot etc. sind alles Beweggründe, die der Entscheidung eines Paares, keine Kinder zu bekommen, tolerantes Verhalten gegenüber angebracht sein lassen. Primär ist die Ehe die Lebensgemeinschaft von zwei Menschen, die gemeinsam leben wollen. Kinder mögen auf das engste damit verknüpft sein, notwendig sind sie nicht.

3. Das Wesen der Ehe in der Rechtspraxis des § 48 II a. F. EheG

Die Entwicklung der Rechtspraxis zum Widerspruch des beklagten Ehegatten nach § 48 II a. F. EheG zeigt in beispielhafter Weise, welche Schwankungen "das" Wesen der Ehe erfahren kann bzw. wie in kürzester Zeit die verschiedensten "Auffassungen" zu weitreichenden Entscheidungen führen können. Aber auch noch eine weitere Feststellung läßt sich treffen: Die unterschiedliche Behandlung des Widerspruchs durch die Gerichte oberster Instanz bis zur endgültig gefestigten Rechtsprechung des BGH zeigen in demonstrativer Weise, welche verheerenden Folgen der Nationalsozialismus und seine Bevölkerungspolitik hatten: Rechtsunsicherheit und ein stark schwankendes Gefüge sozialer und sittlicher Bewertungen waren die zerstörerischen Folgen der Familienpolitik des Dritten Reichs.

---

schlechtsgemeinschaften, der Ehevertrag kein beliebiger, sondern durchs Gesetz der Menschheit notwendiger Vertrag; d. i. wenn Mann und Weib einander ihren Geschlechtsgemeinschaften nach wechselseitig genießen wollen, so müssen sie sich notwendig verehelichen, und dieses ist nach Rechtsgesetzen der reinen Vernunft notwendig", Kant, Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, I. Teil, 2. Hauptstück, 3. Abschnitt.

a) Die Beachtlichkeit des Widerspruchs in § 48 II a.F. EheG

Sofort nach Wirksamwerden des neuen Ehegesetzes wandte sich die besondere Aufmerksamkeit der Regelung des § 48 II zu. Es handelte sich um den wesentlichsten Schwerpunkt der Spruchtätigkeit des IV. Senats, [1] der aber auch zugleich die wohl umstrittenste Bestimmung des Scheidungsrechts war. [2] Nach Ansicht von Raske, [3] gebe es wohl keine Bestimmung des gesamten Zivilrechts, deren Anwendung und Auslegung den Richter vor menschlich und rechtlich so schwere Aufgaben stelle und ihn mit so schwerer Verantwortung belaste. Die Begriffe "Wesen der Ehe" oder "sittlich nicht gerechtfertigt" gehen weit über das eigentlich Rechtliche hinaus und würden in die Gebiete des Biologischen, Soziologischen und Sittlichen eingreifen.

Tatsächlich spiegeln die unterschiedlichen Äußerungen der Rechtsprechung in den Jahren von 1946 - 1954 die Schwierigkeiten dieser Bestimmung wider.

War dargestellt worden, daß das RG zur Verwirklichung der nationalsozialistischen Bevölkerungspolitik eine extrem scheidungsfreundliche Handhabung durch grundsätzliche Nichtbeachtung des Widerspruchs durchsetzte, so fühlten sich die Oberlandesgerichte zur gegenteiligen Auffassung verpflichtet. [4]

Die Rechtsprechung des BGH läßt sich in zwei Perioden einteilen.

---

1) Raske, DRiZ 1960, 321 ff; Schneider, NJW 1953, 281 mwN
2) Habscheid, MDR 1953, 338
3) Raske, aaO
4) Zu dieser Rechtsprechung bereits oben Fünfter Teil III

aa) Die 1. Periode (bis 1954)

Zu Beginn seiner Rechtsprechung schloß sich der BGH der Rechtsprechung des OGHBZ (Köln) an. [1] "Grundsätzlich" gebe es keine Vermutung für oder gegen eine Aufrechterhaltung einer Ehe. § 48 II stelle keine grundsätzliche Regel auf. Der Widerspruch könne in einem Falle sittlich gerechtfertigt sein, in einem anderen nicht. In jedem Fall sei eine sittliche Wertung von Bedeutung, die sowohl das Wesen der Ehe als auch das Verhalten der beiden Ehegatten beachte. [2]

Um jedoch den Unbestimmtheitsgrad des bei der Entscheidung anzulegenden Wertmaßstabes zu verringern stellte der Gerichtshof zugleich noch einige Anhaltspunkte auf, die in der weiteren Rechtsprechung dann eine wesentliche Rolle spielten. [3]

Entscheidend sei ("wesensmäßig wichtig"), ob und in welchem Maße die Ehe vor der Zerrüttung zu einer Lebensgemeinschaft geworden sei und in welchem Maße sie entwicklungsfähig war. [4] Sei einmal eine solche Gemeinschaft vorhanden gewesen, so wirke dies auch nach der Zerrüttung fort und binde die Partner daran. "Dem Bestreben des schuldigen Ehegatten, sich in Widerspruch mit diesem tief verwurzelten Bewußtsein von der Ehe loszusagen, müsse darum in einem solchen Falle um der sittlichen Ordnung willen, die rechtliche Anerkennung versagt bleiben." 5) In beiden Ehegatten habe das Gewissen fortzuwirken (? !), [6] damit müsse nicht ein Gefühl gegenseitiger Achtung, Liebe oder Zuneigung verbunden sein, also die sog. Bindung an die Ehe (!). [7]

---

1) BGHZ 1, 87 (91)
2) Urt. v. 7.2.1952 bei Schneider, aaO S. 282
3) Graehl, Diss., S. 82
4) Diese Sätze deuten bereits auf die noch zu behandelnde Fehlehe hin
5) BGHZ 1, 356 (358)
6) Lersch, Anm. zu LM Nr. 16 zu § 48 II EheG
7) BGHZ 8, 118 (126)

Die Gatten müßten sich nur bewußt sein, daß ihnen aus ihrem früheren Verhältnis eine "sittliche Verantwortung" für einander erwachse. Weiterhin sei auf die Umstände zu achten, die den schuldigen Gatten zu seinem Klagebegehren veranlassen, denn es sei gem. § 48 II auf das Verhalten der beiden Ehegatten zu achten.

Eine solche, in jedem Fall erneut abwägende, grundsatzlose Rechtsprechung berge in sich die Gefahr - worauf Delbrück und Habscheid aufmerksam machten - daß eine uneinheitliche Rechtsanwendung eintreten könnte. [1)]

In der folgenden Zeit wurden diese grundlegenden Aussagen des BGH in der Rechtsprechung verwirklicht, so daß es immer weniger Gerichte gab, die den Widerspruch der beklagten Ehefrau zurückwiesen. Voraussetzung war, daß die Ehe lange Zeit vor der Zerrüttung bestanden hatte und eine "wesensmäßige" Lebensgemeinschaft entstanden war. [2)] Das führte dann dazu, daß der BGH im Rahmen der Abwägung dem Wertvollen, das in den der Zerrüttung vorangegangenen Jahren entstanden war, einen so hohen sittlichen Wert beimaß, daß die Aufrechterhaltung dieses (mittlerweile in vielen Fällen schon vergangenen) Wertes den Vorrang vor der inzwischen aktuellen Zerrüttung erhielt. Unverständlich bleibt die Überlegung, daß etwas Vergangenes, die gemeinsamen Jahre, als ein "sittlicher Wert" eine vielleicht schon längst bindungslose Beziehung aufrechterhalten soll. [3)] Wie gänzlich anders das Wesen der Ehe sich nun darstellte, zeigt auch die fol-

---

1) Delbrück, MDR 1948, 393; Habscheid, MDR 1953, 339 sieht in diesen über die Grundsätze des OGHBZ hinausgehenden Hinweisen, das Bestreben des BGH, die durch die Aufgabe jeder Grundsatzrechtsprechung gestörte Rechtsordnung, wieder zu festigen.

2) BGHZ 1, 358; 2, 71; 2, 104; BGH LM Nr. 16 zu § 48 II; BGHZ 18, 13 (17); BGH LM Nr. 13, 14, 15, 23 zu § 48 II Ausführlich dazu Graehl, aaO S. 82 ff; Willmann, aaO S. 83 ff jeweils mwN

3) So auch Rolland, Diss., S. 70

gende Entwicklung: War im Nationalsozialismus das höhere Alter der Ehefrau oder der Wunsch, Kinder eines Ehebruchs zu legitimieren, eine scheidungsfördernde Tatsache im gewünschten bevölkerungspolitischen Sinn, so befand der BGH nunmehr auf dem Boden seiner neuen Auffassung, daß die im Laufe der vorangegangenen Jahre entstandenen sittlichen Werte wesentlich bedeutsamer vor diesen Fragen waren und schied solche Ehen nicht. [1] Die Unbeachtlichkeit des unterschiedlichen Alters oder der unehelichen Kinder wurde generell als eine deutliche Abgrenzung zur nationalsozialistischen Auffassung verstanden, [2] die der BGH in seiner ersten grundlegenden Entscheidung [3] formuliert hatte, wonach "außerhalb der Einzelehe gelegene Erwägungen, so besonders solche bevölkerungs- und rassepolitischer Natur" außer Betracht bleiben müssen.

Eine besondere Bedeutung erlangte in dieser Rechtsprechung das Verschuldensmoment. Während das RG noch ausgeführt hatte, daß bei der Frage der Beachtlichkeit des Widerspruchs der Schuldverteilung keine Bedeutung zukomme, da dies sonst zu einer durch Festhalten an der Ehe gleichkommenden Strafe führen würde, [4] dachte der Senat hierzu ganz anders: Das Unrecht, das der die Lebensgemeinschaft Verletzende dem anderen zufügt, bringe für ihn eine sittliche Verantwortung für den Verletzten. [5] Dem auf diese Ansicht gemachten Vorwurf, es handle sich bei der Nicht-

---

1) BGH LM Nr. 6 zu § 48 I EheG; LM Nr. 14, Nr. 26 zu § 48 II EheG; OLG Saarbrücken SJZ 1952, 45
2) BGHZ 2, 98 (103), zu dieser Entscheidung näher Willmann, aaO S. 84 Rdn. 2 mwN
3) BGHZ 1, 87 (91)
4) RGZ 160, 15 (18); Warn E 1939 Nr. 137; 1940 Nr. 169; dazu Willmann, aaO S. 85 f Rdn. 7
5) BGHZ 1, 87 (92); LM Nr. 12 zu § 48 II EheG m. zust. Anm. Raske; Nr. 17, 20, 43 zu § 48 II EheG; BGHZ 32, 179 (181)

beachtung des Widerspruchs um eine Strafe für das eheverletzende Verhalten, wurde entgegengesetzt, es solle sich hierbei keinesfalls um eine wesensfremde Strafe handeln. Dennoch (!) sei das Maß ihrer gegenseitigen Beziehungen zu beachten; dies deshalb, weil das zugefügte Unrecht dem Verletzenden eine Verantwortung aufbürde, so daß die sittliche Bindung an den anderen Ehegatten auch bei der Zerrüttung der Beziehung bestehen bleibt. [1] Sollte also für den schuldigen Ehegatten die Aufrechterhaltung der Ehe trotz vorliegender Zerrüttung keine Strafe sein, so fragt sich, welchen Sinn die Erhaltung einer solchen Ehe haben sollte. Dies wurde vom BGH mehrfach dahingehend beantwortet, daß der Sinn der Aufrechterhaltung der Ehe nur in der Anerkennung und dem Schutz wesentlicher und persönlicher Werte liegen könne. [2] Willmann macht hierzu völlig zutreffend aufmerksam, daß nicht geprüft wurde, [3] ob sich der Kläger dieser Verantwortung überhaupt bewußt war, sondern dieses Bewußtsein wurde regelmäßig fingiert. [4] Selten nur, daß "eine Verwurzelung der ehelichen Gemeinschaft in den tieferen Schichten ihres Wesens" nicht erkannt und abgelehnt wurde. [5]

Besonderen Wert legte der BGH auch auf die innere Einstellung des widersprechenden Gatten. Die Beweggründe, die ihn zum Widerspruch veranlaßten, mußten auf der sittlichen Überzeugung von den Werten der Ehe beruhen. [6]

Schon 1953 stellte Habscheid fest, daß die Rechtsprechung des BGH den Charakter einer Grundsatzrechtsprechung habe, denn echte Abwägungen fänden selten statt. [7] Ausgehend von der grund-

---

1) BGH LM Nr. 12 zu § 48 II m. zust. Anm. Raske
2) BGH LM Nr. 8, 13, 14 zu § 48 II EheG
3) Falls dies überhaupt möglich ist!
4) Willmann, aaO S. 85 f
5) BGH LM Nr. 19 zu § 48 II EheG
6) BGH LM Nr. 14 zu § 48 II EheG
7) Habscheid, MDR 1953, 341; so auch Willmann, aaO S. 87

sätzlichen Entscheidung und den gegebenen Anhaltspunkten im ersten Band der Entscheidungen, waren die Leitlinien abgesteckt und die Ergebnisse vorhersehbar.

bb) Die 2. Periode (seit 1954)

Hatte der BGH im Gegensatz zum RG den Weg eingeschlagen, durch überwiegende Annahme der Beachtlichkeit des Widerspruchs, Ehen so wenig wie möglich zu scheiden, so entwickelte sich allmählich in den Jahren 1953 und 1954 eine deutliche Scheidungsfeindlichkeit des Senats. [1) 2) 3)] Schließlich kehrte der IV. Senat zu einem Regel-Ausnahme-Prinzip zurück, u. z. entsprach die Auslegung der Ansicht der Oberlandesgerichte nach 1945 in der

---

1) Nach Lersch wurden schon 1953 von 39 anhängigen Revisionen aus § 48 nur in 4 Fällen die OLG-Scheidungsurteile bestätigt, NJW 1953, 291

2) Diese Entwicklung entspricht auch den zur gleichen Zeit sich anbahnenden legislativen Entwicklungen. 1952 hatte die Bundesregierung einen Entwurf I vorgelegt, in dem die Beachtlichkeit des Widerspruchs die Ausnahme bildete. Die Nichtbeachtlichkeit des Widerspruchs war nur unter der Voraussetzung der Mitschuld an der Zerrüttung des widersprechenden Gatten möglich. Begründet wurde dies damit, daß der bisherige § 48 wohl nationalsozialistisches Gedankengut enthalte, nunmehr sei ein anderes Sittlichkeitsempfinden gegeben (nach Willmann, aaO S. 85 f ohne Angabe). Der Bundesrat widersprach, bei § 48 handele es sich nicht um nationalsozialistische Regelungen, sondern er gehe auf Vorarbeiten von vor 1933 zurück (Verhandlungen des Deutschen Bundestages, Anl. zu den Sten. Ber., 20. Teil Nr. 3802). Schließlich nahm die Bundesregierung von ihrem Vorhaben wieder Abstand, da nach dem Abgeordneten Weber, die Reform des Ehescheidungsrechts weder wissenschaftlich noch in der Öffentlichkeit hinreichend erörtert und geklärt wäre (Verh. des Deutschen Bundestages, Sten. Ber., 239. Sitzung 27.11.1952 Bd. 13 S. 11056)

3) Zuerst LM Nr. 20 und Nr. 23 zu § 48 II EheG, Kriegsehen betreffend

Übergangszeit. Der Widerspruch des Beklagten war nun regelmäßig beachtlich, d. h. daß sich der BGH jetzt offen auf die These stützte, daß die Ehe grundsätzlich unauflöslich sei, die Parteien haben in der einmal geschlossenen Ehe zu verbleiben.

In der dazu wichtigen Entscheidung heißt es: [1]

"Die Ehe besteht ihrem sittlichen Wesen nach, wie es auch das geltende Eherecht trotz der von ihm vorgesehenen Scheidungsmöglichkeiten zugrunde legt, in der Begründung und fortwährenden Verwirklichung einer bis zum Tode eines der Ehegatten fortdauernden und zur Familiengemeinschaft sich erweiternden Lebensgemeinschaft der Ehegatten ... Nach diesem ihrem Wesensbild ist die Ehe grundsätzlich unlöslich, denn die tiefen persönlichen Beziehungen, die in der ehelichen Gemeinschaft zwischen Mann und Frau und in der Familiengemeinschaft zwischen Eltern und Kindern begründet und entfaltet werden sollen, vertragen es ihrem Wesen und ihrem inneren Werte nach nicht, als Beziehungen "auf Zeit" aufgefaßt zu werden."

Wie die Rechtsprechung aus den Jahren 1955 - 1960 zeigt, ließ der BGH nur wenige Ausnahmen zu, [2] d. h. Fälle, in denen der Widerspruch zugunsten einer Auflösung der Ehe unbeachtlich blieb. [3]

Der Regel-Ausnahme-Grundsatz wurde vom BGH so formuliert: [4]

"Bei Zugrundelegung dieses Maßstabes, aber ist, wie der Senat in seiner Rechtsprechung bereits wiederholt näher ausgeführt hat, der Widerspruch im allgemeinen nur dann unbeachtlich, wenn das eheliche Zusammenleben von Anfang an durch objektive von dem sittlich zu verantwortenden Willen der Ehegatten unabhängige Mängel so stark belastet und behindert war, daß die Entwicklung der Ehe zu einer echten und erfüllten Lebensgemeinschaft und damit die Erfüllung des Eheversprechens, insbesondere die Bewahrung der ehelichen Gesinnung von den Ehegatten auch bei aller zumutbaren Anstrengung ihrer sittlichen Kräfte nicht erwartet werden

---

1) BGHZ 18, 13 (17)
2) Graehl, aaO S. 88 f
3) Es handelt sich dabei um die Fälle der Fehlehe und des aus sittlich nicht anerkennenswerten Gründen erhobenen Widerspruchs, zu diesen Ausnahmen weiter unten gesondert.
4) BGHZ, aaO S. 19 f

konnte, [1] oder wenn festzustellen ist, daß auch bei dem widersprechenden Ehegatten eine echte innere Bindung an die Ehe 2) und eine echte Bereitschaft, diese fortzusetzen 3) nicht vorhanden, der Widerspruch also von ihm nicht zur Verteidigung seiner in der Ehe verwurzelten persönlichen Würde, sondern nur aus sittlich nicht anerkennenswerten Beweggründen erhoben wird." 4)

Unter Hinweis auf die Entscheidung des Großen Senats zur Kuppelei (1954), [5] wird zur Frage des Wesens der Ehe noch erklärt, daß die generelle Möglichkeit der Lösung einer Ehe vom sittlichen Standpunkt aus bedeuten würde,

"sie in ihrem wesensmäßigen Bestand und in ihrem inneren Werte anzutasten und mit dem Keim des inneren Zerfalls zu behaften". 6)

Nicht recht verständlich erscheinen die Ausführungen des Senats zu der gegen seine Haltung vorgebrachten Kritik, nach der seine Rechtsprechung im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung stehe, die schließlich die Auflösung einer Ehe vorsieht. Zwar erkennt dies der Senat an, aber da es entscheidend darauf ankomme, die sittliche Berechtigung des Fortbestandes der Ehe nach dem Wesen der Ehe zu bestimmen, stehe die Frage, ob die Ehe nach dem positiven Recht auflöbar sei, nicht zur Erörterung. [7] 8)

Markantestes Beispiel für die unnachgiebige Strenge der Rechtspraxis des BGH sind die sog. "Ostfälle". Dabei handelt es sich um Ehen, bei denen als Folge der durch den 2. Weltkrieg verursachten Geschehnisse und anschließenden Wirren, ein Ehe-

---

1) Zur Ausnahme der Fehlehe weiter unten
2) In LM Nr. 40 zu § 48 II EheG spricht der BGH von einer Bindung an die Ehe als auch an den Ehegatten.
3) Hier finden sich bereits die beiden unbest. Begriffe, die später durch ihre Verankerung dieser Rechtsprechung in der Neufassung des § 48 II durch das FamRÄndG erneut große Probleme aufwerfen sollten
4) Hervorhebung nicht im Zitat
5) BGHSt (GS) 6, 46 ff
6) BGHZ 18, 13 (17 f)
7) BGHZ, aaO S. 18 f
8) Zu weiteren Einzelheiten der Rechtsprechung des Senats ausführlich Willmann, aaO S. 91 ff

gatte in den Ostgebieten verblieben war, überwiegend die Ehefrau. [1] Hier existierten nur noch formal Ehen, die keine Möglichkeit zu erneuter ehelicher Gemeinschaft hatten bzw. vorhandene Möglichkeiten nicht mehr nutzten. Diesen objektiven Umständen, bedingt durch den Krieg und die Nachkriegszeit, die Zerrüttungen bewirkten, maß das Gericht keine Bedeutung bei, denn die Gatten sind auch in schwierigen Verhältnissen für die Bewahrung ihrer ehelichen Gesinnung verantwortlich, es hängt nur von ihrem freien Willen ab, ob sie ihre eheliche Gesinnung durch äußere Umstände antasten lassen würden, die Eheleute haben solche Erschwernisse zu überwinden. [2] Nur in seltenen Fällen erkennt der BGH an, daß man von dem Kläger eine andere Entscheidung als die Abkehr von dem im Osten verbliebenen Partner nicht erwarten durfte. [3] Ganz überwiegend ließ der IV. Senat diese Ehen durch Anerkennung des Widerspruchs des Beklagten nicht auflösen, obwohl hier außerhalb der Personen liegende Entwicklungen das Entstehen einer Ehe auf lange Zeit unmöglich gemacht hatten. Hier wurden Menschen an Ehen gebunden, für deren Nichtentstehung sie kein Vorwurf traf, sondern den zeitgeschichtlichen Geschehnissen die Verantwortung gegeben werden mußte. Schneider betont hierzu, [4] daß diese Rechtsprechung die Förderung des Konkubinats und die Verhinderung der Legitimierung unehelicher Kinder zur Folge haben mußte, da in zahlreichen Fällen der in der Bundesrepublik lebende Ehemann längst in einer neuen Beziehung lebte. Die starre Einstellung des BGH führte besonders hier zu einer Verletzung rein menschlicher Belange. [5]

---

1) Wüstenberg, DRiZ 1955, 278 (280) mit Entscheidungsangaben
2) BGH Urt. v. 6.5.1964 IV ZR 177/63, S. 10 zit. bei Schneider, Fs Kern S. 443
3) BGHZ 2, 98 (104); BGH FamRZ 60, 187 (189); dazu Gernhuber ausführlich, Lehrbuch 1. Auflage S. 260
4) Schneider, aaO
5) Lauterbach, NJW 1969, 897 (899)

b) Das Wesen der Ehe dargestellt an zwei Ausnahmen der BGH-Rechtsprechung

An zwei Begriffen aus der Scheidungsproblematik soll die Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung des BGH verdeutlicht werden. Zugleich lassen sich grundlegende Gedanken zum Wesen der Ehe aus den Ausführungen des Gerichts entnehmen.

Bei der "faktischen Ehe" handelt es sich um die auf eine beliebige Dauer gerichtete Lebensgemeinschaft von Mann und Frau ohne gesetzliche Legitimation. [1] Zur rechtlichen Bedeutung dieser Gemeinschaft findet sich kaum Literatur. Systematisch handelt es sich um eine Frage des Eheabschlusses. Die "faktische Ehe" wurde jedoch in den fünfziger Jahren mehrfach Gegenstand der Diskussion im Rahmen des Widerspruchsrechts des § 48 II EheG.

Im Gegensatz zur "faktischen Ehe" ist die "Fehlehe" [2] eine Lebensgemeinschaft, die legitimiert worden ist, aber bei der bereits von vornherein eine Entwicklung zu einer echten Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten war. Ihre Auflösung und ihr Verhältnis zum Widerspruchsrecht des § 48 II EheG waren Gegenstand zahlreicher Entscheidungen.

---

1) Dölle-Schönfeld, S. 53 erachtet die Bezeichnung "faktische", "freie" oder "wilde" Ehe für ein Konkubinat unpassend, da dieses im Gegensatz zur Ehe der rechtlichen Anerkennung und Verbindlichkeit entbehrt und deshalb ohne spezifisch eherechtliche Folgen bleibt.

2) Bei der Fehlehe handelt es sich um eine der beiden vom BGH zu seinem Regel-Ausnahme-Prinzip zugelassenen Ausnahmen, in denen der Widerspruch Beachtung findet. Auf die weitere Ausnahme des aus sittlich nicht anerkennenswerten Gründen erhobenen Widerspruchs wird weiter nicht eingegangen.

aa) Die faktische Ehe

Eine bürgerliche Ehe kommt nur durch den Eheschluß vor einem Standesbeamten zustande, so daß der Abschluß vor anderen Stellen nicht den Tatbestand einer bürgerlichen Ehe iSd Gesetzes erfüllen kann. Naturgemäß ist die irrtümliche Annahme tatsächlich nicht bestehender Ehen selten und entsprechende Fälle stehen regelmäßig im Zusammenhang mit Fragen des Internationalen Privatrechts. [1)]

(1) Die Notklerikalehen als faktische Ehen

Dieser Problemkreis wurde in den Nachkriegsjahren vornehmlich durch die sog. Notklerikalehen der Nordbukowina bekannt. [2)] Dabei handelt es sich um Ehen, die durch den durch den Krieg verursachten Mangel an staatlichen Eheschließungsstellen vor einem Priester geschlossen wurden. Jahre später entstand dann das Problem, ob eine Scheidung solcher "Ehen" möglich sei.

Zentrale Frage ist, ob nicht der Tatbestand des z. T. jahrzehntelangen Zusammenlebens und der idR vor einem Priester

---

1) Z. B. Eheschließung nach ausländischem Recht eines Staates, der die obligatorische Zivilehe nicht kennt, dazu Gernhuber, Lehrbuch S. 102 f

2) Die Nordbukowina gehörte nach der Auflösung der österreichisch-ungarischen Monarchie im Jahre 1919 zu Rumänien und wurde 1940 an die UdSSR abgetreten. Vermutlich muß sich die Übergabe der Zivilverwaltung längere Zeit in chaotischem Zustande verzögert haben. In Rumänien galt zwar die obligate Zivilehe, aber die Standesbeamten waren vor den sowjetischen Truppen geflohen. Zwar kannte die Sowjet-Ukraine auch die registrierte Ehe, durch die Kriegswirren ließ man sich aber viel Zeit mit der Einrichtung entsprechender Registraturen, dazu Gamillscheg, Grundrechte S. 344

erfolgte Abschluß die "faktische Ehe" als eine wahre bürgerliche Ehe bewerten lassen soll.

In einer höchst ungewöhnlichen Entscheidungssachlage hatte das VG Berlin bereits 1955 [1] einen echten Ehetatbestand abgeleitet. Hierbei handelte es sich um eine 1921 vor einem orthodoxen Geistlichen geschlossene Ehe zweier russischer Staatenloser, deren Ehe und Kinder nach mehr als 30jähriger staatlicher Anerkennung plötzlich diese versagt werden sollte. 1963 erklärte das OLG Stuttgart in einem vielbeachteten Urteil, [2] daß im Falle des Fehlens einer zuständigen staatlichen Stelle, eine vor einer anderen Institution geschlossene Ehe aufgrund des naturrechtlichen Prinzips des Rechts des Menschen auf Eheschließung als eine bürgerliche Ehe anzuerkennen sei. Diesen naturrechtlichen Gedanken unterstützte auch Gamillscheg, nach dem die Lücke in der Rechtsordnung nach den Grundsätzen der Verfassung zu schließen ist. [3] Diese Entscheidung wurde vom BGH kurz darauf bestätigt. [4] 1968 entschied das OLG München in diesem Sinne und erklärte eine "faktische Ehe" zur Ehe, wenn der Eheabschluß in der Form getätigt ist, der in der gegebenen Zeit, die einzig mögliche Form darstellt. [5]

Wie regelmäßig der Fall, jedoch in der Sache selbst völlig unverständlich, nahm ein anderes Gericht - OLG Nürnberg [6] - eine gegenteilige Haltung dazu ein. Dabei stellten sich einige Juristen auf den formal durchaus richtigen Standpunkt, daß eine

---

1) FamRZ 1955, 70 m. zust. Anm. Bosch
2) FamRZ 1963, 39 ff
3) Gamillscheg, aaO S. 345
4) BGH FamRZ 1963, 352
5) FamRZ 1968, 599 f
6) FamRZ 1965, 380 m. abl. Anm. Bosch und ders., FamRZ 1970, 246

Nichtehe eine Nichtehe bleibe und vertaten damit die Gelegenheit zu einem gerechten Ergebnis zu kommen. [1]

Von der herrschenden Meinung wurde zu dieser Frage auf verschiedenste Weise argumentiert. Bosch stützte sich in erster Linie auf den Grundsatz "consensus facit nuptias", einem allgemeinen Rechtsprinzip. [2] Er bejaht, unter Berufung auf Nipperdey, [3] die Anerkennung der Ehe entweder durch die ergänzende Rechtsfindung oder in abändernder Rechtsfindung durch Fortentwicklung. Es sei - nach Nipperdey - in Verwirklichung der Rechtsidee der Grundgedanke so fortzudenken, wie es der Denk- und Handlungsweise verständiger, treuer, pflichtbewußter Menschen entsprechen würde. [4] Larenz will dazu aus der Natur der Sache entsprechend dem der Ehe innewohnenden sozialen Sinn handeln. [5]

Auch diese dogmatischen Erklärungen sind nicht in der Lage, ohne Allgemeinplätze wie "Natur der Sache" und dem "sozialen Sinn der Ehe" auszukommen. Dies auch deshalb, weil die Evidenz der "billigen" Lösung der Oberlandesgerichte und des Bundesgerichtshofs der dogmatischen Einordnung vorzugehen hat: Jede andere Entscheidung würde den Begriff des Rechts ad absurdum führen. [6]

---

1) Bosch sprach in seiner Anmerkung von einem Skandal, OLG und der zust. BGH hätten versagt, wie es schlimmer nicht hätte geschehen können, es zeige sich, wie unterentwickelt unser Familienrechtsdenken ist.

2) Bosch, Ehe und Familie S. 70; Anm. zu OLG Nürnberg, FamRZ 1965, 381 und FamRZ 1970, 248; Anm. zu VG Berlin FamRZ 1955, 72

3) Nipperdey, Allg. Teil, Bd. I S. 336 ff

4) Bosch, Anm. zu OLG Nürnberg, aaO

5) Larenz, NJW 1965, 5

6) Dazu Dölle, Absurdes Recht? S. 32: ... dort, wo die Befolgung einer Rechtsvorschrift zu einem ganz unvernünftigen Ergebnis führen würde, die Vorschrift nach dem immanenten Willen der Rechtsordnung selbst auf ihr Gebot Verzicht leistet. Anders ausgedrückt: Absurdes Recht ist ein Widerspruch in sich selbst, absurdes Recht darf es nicht geben.

Sinn dieser Ausführungen war es, aufzuzeigen, daß die Rechtsprechung durchaus bei gegebener Faktizität diese anerkennt und somit in einer Reihe die "faktische Ehe", also die - rechtliche - Nichtehe, ohne den Vorwurf der Unsittlichkeit als Ehe anerkannt hat. In Erinnerung an die Rechtsprechung des RG während des Nationalsozialismus sei hier gezeigt, daß auch die Oberlandesgerichte und der BGH rechtlich nicht existenten unehelichen Lebensgemeinschaften zu ihrer endgültigen staatlichen Anerkennung verholfen haben. Der Unterschied liegt darin begründet, daß einmal zwei Menschen ohne jegliche Trauung nur aufgrund gegenseitigen Einverständnisses zusammenleben, im anderen Fall nur eine rechtlich ungenügende Trauung stattfand. Interessanterweise wird aber bei der Anerkennung dieser Ehen auch wieder auf das gegenseitige Einverständnis der Partner abgestellt (Bosch), auch wenn es vor einem Priester abgegeben wurde. Die gesamte Behandlung dieser Frage erscheint formalistisch und inkonsequent. Dies soll im weiteren noch näher erläutert werden.

(2) Die "faktische Ehe" in der Rechtspraxis des § 48 II a. F. EheG

Bereits im zweiten Band seiner Entscheidungen begann der BGH den Begriff "faktische Ehe" zu verwenden. [1] In diesem Urteil würdigt der BGH ein 20jähriges ehebrecherisches Verhältnis, davon ungefähr die letzten sechs Jahre in häuslicher Gemeinschaft, im Rahmen einer Prüfung gem. § 48 II. Dabei ist seiner Ansicht nach nicht ganz außer acht zu lassen, daß die Allgemeinheit ein sittliches Interesse daran hat, die offenbar unlösbar gewordene

---

wenn man Würde und Autorität des Rechts zu wahren wünscht, S. 23

1) BGHZ 2, 98 (105)

"faktische Ehe" des im Alter fortgeschrittenen Klägers in gesetzliche Bahnen zu lenken, wenn die frühere Ehe völlig sinnwidrig und auch aus äußeren Gründen für die Frau ohne Wert geworden ist. Zwar dürfe eine Scheidung nicht der Freibrief zur Legitimierung ehebrecherischer Verhältnisse sein, ebenso wie auch die lange Dauer eines solchen Verhältnisses kein Anlaß dazu sei. Aber wenn der mittlerweile nicht mehr zu ändernde Zustand so gefestigt sei, daß er zur Grundlage für die Existenz der Beteiligten geworden sei, so solle hier der Widerspruch des Beklagten zugunsten der Legitimierung des Verhältnisses für unbeachtlich erklärt werden. [1)]

Auch in diesem Urteil geht es also um die Anerkennung eines ehebrecherischen Verhältnisses.

Im Gegensatz dazu steht die oben bereits zitierte Entscheidung, [2)] in der der BGH sich grundlegend zum Regel-Ausnahme-Prinzip, d. h. zur grundsätzlichen Beachtlichkeit des Widerspruchs bekannte. Dort wird festgestellt, daß es weder dem Wesensbild noch dem Wert der Ehe entsprechen würde, diese als "auf Zeit" aufzufassen. Der Wunsch der Legitimierung der unehelichen Kinder nahm dem Widerspruch des Beklagten nicht die Beachtlichkeit (Leitsatz 2). Die Existenz der "faktischen Ehe" sei grundsätzlich zu negieren.

---

1) Gegen diese Entscheidung hatte sich äußerst scharf Bosch gewandt, der in diesem Urteil sogar eine deutliche Wendung zu größerer Scheidungsfreundlichkeit zu sehen glaubte, Familienrechtsreform S. 46 f und Neue Rechtsordnung S. 52. Wolf sah darin einen harten Formalismus, der dem Recht, der Sittlichkeit und dem christlichen Glauben widerspreche, Wolf-Lüke-Hax S. 327 f Anm. 332 u. 335. Auch Habscheid sah in der Bezeichnung der legalen Ehe gegenüber dem ehebrecherischen Verhältnis als "frühere Ehe" einen bedauernswerten Mißgriff, stufte die Entscheidung aber nicht zu hoch ein, MDR 1953, 337 (340)

2) BGHZ 18, 13 (17)

In seiner Dissertation weist Bischoff [1] nach, daß die völlige Negation "faktischer Ehen" nicht richtig ist. Rein rechtlich kann der Richter nur über die rechtswirksame Ehe entscheiden. Fühlt sich der Kläger danach sittlich dazu verpflichtet, die Mutter seiner unehelichen Kinder zu heiraten, so läßt sich der sittliche Handlungswert dieser Entscheidung des Klägers nach Ansicht Bischoffs nicht negieren, denn die richterliche Entscheidung wirke sich somit zumindest mittelbar dann auch auf die "faktische Ehe" aus. Bei diesen handle es sich um "Grenzfälle" im Fragenkreis des § 48 II, die nur unter Anwendung des Begriffs der Sittlichkeit als Bewertungsmaßstab gelöst werden können. Es sei unrichtig, wenn das Gericht behaupte, wegen der "faktischen Ehe" dürfe nicht der Wert der rechtswirksamen Ehe und die verpflichtende Kraft der objektiven sittlichen Ordnung negiert oder abgeschwächt werden; weil die "faktische Ehe" unsittlich sei, so das Gericht, könne man nicht das Bestehen der rechtswirksamen Ehe als unsittlich bezeichnen. Offensichtlich gehe das Gericht davon aus, die richterliche Entscheidung für eine der beiden Ehen sei gut, für die andere sei sie schlecht. [2] Bischoff ist zuzustimmen, daß weder diese Fragestellung der Sache gerecht werde, noch daß das gesamte Verhalten des Klägers unsittlich sein könne.

Ein Verhalten kann nicht deshalb als unsittlich angesehen werden, nur weil es nicht der juristischen Form genüge. In diesem Fall, würde der sittlich zu billigende Wunsch des Klägers seine unehelichen Kinder zu legitimieren mit Art. 6 V GG kollidieren, wonach uneheliche Kinder den ehelichen möglichst gleichgestellt sein sollen. [3] Eine solche Entscheidung kann nicht schlechthin unsittlich sein.

---

1) Bischoff, Diss., S. 110 ff
2) Bischoff, aaO
3) Bischoff, aaO S. 112

Abschließend sei zur "faktischen Ehe" festzustellen: Alle Aussagen zu diesem Problemkreis, ob wissenschaftlicher oder richterlicher Herkunft, sind angefüllt mit Generalklauseln und argumentieren mit unbestimmten Begriffen. Allein die völlige Durchsetzung dieser Materie mit Begriffen wie sittlich, Wesen, eheliche Lebensgemeinschaft, sittliche Ordnung, gut, böse etc. macht kategorische oberste Richtersprüche äußerst fragwürdig. Hier muß richterliche Dezision unter der Flagge des Anspruchs erfolgen, zu wissen - für alle allgemeinverbindlich zu wissen! - was sittlich und unsittlich sei. Dazu ist der Richter allerdings gem. § 48 EheG durch den Gesetzgeber aufgerufen!

Weiterhin ist dem BGH seine eigene Rechtsprechung entgegenzuhalten: Wie fragwürdig "allgemeinverbindliche" Entscheidungen auf diesem Gebiet sind, zeigt die Befürwortung im zweiten Band und die scharfe Ablehnung im achtzehnten Band. In den nur vier Jahren, die zwischen beiden Entscheidungen liegen, war eine entsprechende Veränderung der Meinungen zu verzeichnen, was für sich spricht. [1] Ohne die viel zitierte "Normativität des Faktischen" bemühen zu wollen, sei darauf hingewiesen, daß wohl auf keinem Gebiet des Rechts die Negation des Faktischen zu solch existentiellen Problemen geführt hat, ja, sie sogar erst geschaffen hat, wie im Eherecht.

---

1) Gernhuber stellt hierzu fest, daß von einer gefestigten Rechtsfortbildung, die unangreifbare faktische Ehen durch Zeitablauf anerkennt, nicht gesprochen werden kann, Lehrbuch S. 103

bb) Die Fehlehe

Nach der wichtigen Entscheidung des BGH im achtzehnten Band gehörte die Fehlehe ebenfalls zu den Ausnahmen, bei denen der grundsätzlich durchgreifende Widerspruch des Beklagten für unbeachtlich erklärt wurde, um zu einer Scheidung zu gelangen.

Nach Auffassung des BGH lag eine Fehlehe dann vor,

"wenn das eheliche Zusammenleben von Anfang an durch objektive von dem sittlich zu verantwortenden Willen der Ehegatten unabhängige Mängel so stark belastet und behindert war, daß die Entwicklung der Ehe zu einer echten und erfüllten Lebensgemeinschaft und damit die Erfüllung des Eheversprechens, insbesondere die Bewahrung der ehelichen Gesinnung von dem Ehegatten auch bei aller zumutbaren Anstrengung ihrer sittlichen Kräfte nicht erwartet werden konnte ..." 1)

Gedacht war dabei an Fälle, in denen ein ungewöhnlicher Altersunterschied, eine gegensätzliche Wesensart oder durch abweichende körperliche Anlagen (also äußere, nicht verschuldete Umstände) das Verhältnis von Mann und Frau so belastet war, daß sich eine dauerhafte Lebensgemeinschaft gar nicht bilden konnte. 2)

In einer weiteren Entscheidung hat der BGH dann seine Aussage zur Fehlehe ergänzend im Sinne einer Verengung präzisiert: 3)

"Objektive, von dem sittlich zu verantwortenden Willen der Ehegatten unabhängige Mängel, die die Entwicklung der Ehe zu einer echten und erfüllten Lebensgemeinschaft von Anfang an verhindert haben, sind vor allem außergewöhnliche Verschiedenheit ihres Charakters oder ihrer körperlichen oder geistigen Anlagen, die der Verbindung der beiden Partner von vornherein als unüberwindliche Belastungen anhaften und diese als gänzliche Fehlverbindung erweisen, die es also nahezu aussichtslos erscheinen lassen, daß die Eheleute auch beim Einsatz aller ihrer Kräfte miteinander zu derjenigen Gemeinschaft gelangen, auf die hin die Ehe angelegt ist."

---

1) BGHZ 18, 13 (19)
2) BGHZ 1, 87; 18, 13 (19 f); LM Nr. 3, 10, 14, 29, 39, 42 zu § 48 II; FamRZ 1960, 190
3) BGH FamRZ 1961, 428; Erman-Ronke, § 48 Rdn. 35

Ausdrücklich betont der Senat, daß eine Fehlehe dann nicht vorliegt, wenn die Verwirklichung der ehelichen Gemeinschaft aufgrund äußerer Umstände (z. B. Krieg) nicht möglich war. Das Fehlen jeglichen sexuellen Verkehrs zwischen den Ehegatten, wurde vom BGH als äußeres Zeichen einer Fehlehe bewertet, [1] wie auch entsprechende Unterschiede im obigen Sinne zwischen den Gatten dann nicht entschuldigend eingreifen, wenn sie erst als Störfaktor bewußt hervortreten, nachdem bereits eine tragfähige Lebensgemeinschaft entstanden ist, wofür als Zeichen eine längere Ehedauer und natürlich die Geburt von Kindern gewertet wurde. [2]

Behandelt wurde diese Frage, ob eine Fehlehe vorliegt von der Rechtsprechung im Rahmen der Beachtlichkeit des Widerspruchs. Dies geschah jedoch fälschlicherweise, denn gem. § 48 II a. F. EheG konnte der Widerspruch dann keinen Erfolg haben, wenn den Kläger kein Verschulden traf, was im Falle der Fehlehe ja gegeben ist. Trifft ihn aber kein Verschulden, so ist der Widerspruch gar nicht erst zulässig, so daß sich die Frage seiner Beachtlichkeit nicht stellte. [3]

Es sei noch auf eine Veränderung der Rechtsprechung des BGH sowohl zu seiner eigenen als auch zu der des RG hingewiesen. In der oben zitierten Entscheidung von 1961, [4] in der der Senat die Fehlehe noch einengender präzisierte, fehlte in der Auf-

---

1) BGH FamRZ 1960, 395; KG FamRZ 1961, 310; Gernhuber, aaO S. 278 Anm. 5

2) BGH FamRZ 1960, 187 u. FamRZ 1960, 393, zu weiteren Einzelheiten dieser Rechtsprechung: Soergel-Siebert-Donau, § 48 Rdn. 25; Erman-Ronke, aaO; RGRK-Wüstenberg, § 48 Anm. 154; Habscheid, FamRZ 1963, 6 (12 f) mwN

3) Erman-Ronke, aaO; RGRK-Wüstenberg, aaO; Soergel-Siebert-Donau, aaO; Müller-Freienfels, Ehe und Recht S. 159 Anm. 5; Willmann, aaO S. 97 Anm. 6 mwN

4) BGH FamRZ 1961, 428

zählung der Beispiele der Fall des außergewöhnlichen Altersunterschiedes zwischen den Ehegatten, der noch in früheren Entscheidungen genannt wurde. [1] Bereits in dem Kapitel über den Nationalsozialismus war auf die entsprechende (allerdings bevölkerungs- und rassepolitisch motivierte) Rechtsprechung des Reichsgerichts eingegangen worden, nach der so ziemlich jeder Altersunterschied, um den die Frau älter als ihr Mann war, als unnatürlich die Scheidung begründete. [2]

Der BGH wandte sich nun von dieser Ansicht im Rahmen der Fehlehe ab. Nur unter den Aspekten, die für diese aufgestellt worden waren, konnte ein erheblicher Altersunterschied die Nichtbeachtlichkeit des Widerspruchs begründen. In den übrigen Fällen räume ein Altersunterschied, der sich also erst später, nach Bestehen einer echten Lebensgemeinschaft als nachteilig erweist, nicht den Widerspruch aus. [3] Entsprechend der Tendenz, sowenig wie möglich Scheidungen zuzulassen, lehnte der BGH Scheidungen in Fällen ab, in denen die Frau 10 und 17 Jahre älter war als der Mann. [4] Infolge unverschuldeter jugendlicher Fehlentwicklungen hatte sich der junge Mann nach Mütterlichkeit und Geborgenheit gesehnt, die er bei der älteren Frau fand. Im Laufe der Jahre, in denen sowohl eine echte Lebensgemeinschaft bestand als auch der Mann heranreifte, stellte dieser dann die ihm nun gravierend erscheinenden Unterschiede fest und begehrte die Trennung.

Auch hier zeigte sich wieder, wie sehr und wie schnell sich Auffassungen zum Wesen der Ehe verändern können. War der Altersunterschied noch vor wenigen Jahren ein sofortiger Scheidungsgrund und später beim BGH ein typischer Fall einer sog. Fehlehe,

---

1) So z. B. BGHZ 1, 87 (91); BGH FamRZ 1960, 356
2) 3 Jahre (RG Warn 1939 Nr. 137); 6 Jahre (RGZ 160, 143); Willmann, aaO S. 98 mwN
3) BGH LM Nr. 3 zu § 48 II EheG m. zust. Anm. Raske
4) BGH LM Nr. 35 und 39 zu § 48 II EheG

so hieß es nunmehr, daß eine solche aber dann nicht vorliegt, wenn es anfänglich eine "tragfähige Lebensgemeinschaft" gegeben habe. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß wenn einmal zwischen den Eheleuten eine Beziehung bestanden hat, die der Lebensgemeinschaft entspricht, die man allgemein als dem Wesen der Ehe nach herkömmlichen Maßstäben entsprechend bezeichnen würde, diese Beziehung auch weiterhin bestehen bleiben müßte. Dies ist doch idR eine grundlegende Verkennung des "Wesens" einer Ehe mit einer erheblichen Altersdifferenz. Grundsätzlich wird man darin keine Fehlehe sehen dürfen. Aber im Laufe der zunehmenden Ehejahre wird sich regelmäßig der Altersunterschied problematisch bemerkbar machen und wahrscheinlich dazu führen, daß die Lebensgemeinschaft nun nicht mehr dem "Wesen" der Ehe entspricht. Diese Entwicklung entspricht aber der jeder anderen zerstörten Ehe, bei der anfänglich oder auch länger eine dem "Wesen" der Ehe entsprechende Gemeinschaft bestand. Entscheidend aber ist doch die weitere Entwicklung: Im Laufe der Jahre verändert sich die Gemeinschaft und entspricht nun nicht mehr dem vielzitierten Wesen der Ehe. Schon hierdurch zeigt sich, daß eine Ehe in vielen Fällen nicht dem "Wesen" ständig entsprechen kann. Wenn nun hinzukommt, daß sich das Wesen der Ehe ständig gesellschaftlich als auch durch die Rechtsprechung verändert, fragt sich, wie auf einem ohnehin so schwer faßbaren, höchst subjektiver Wertung unterliegendem Gebiet, eine Behauptung aufzustellen ist, das Wesen der Ehe könne sich auf mehr beziehen als die oben genannten wenigen überlieferten Grundprinzipien der bürgerlichen Ehe. Erst recht läßt sich nicht behaupten, die Ehe sei unlöslich, es sei denn, man habe es darauf abgesehen, das katholische Ehedogma vertreten zu wollen.

4. Die Rechtsprechung des BGH zu § 48 II n. F. nach dem Familienrechtsänderungsgesetz

a) Probleme der Rechtsprechung durch die Neufassung

In den folgenden Ausführungen soll anhand einiger Entscheidungen dargestellt werden, wie sich die Neufassung auf die Rechtsprechung des BGH auswirkte. [1] Dabei wird besonders auf die unbestimmten Begriffe in beiden Fassungen des § 48 II zu achten sein. Für die Arbeit ist dabei von Interesse, ob die Neufassung des Gesetzestextes neue Aussagen zur herrschenden Auffassung vom Wesen der Ehe bringt, oder ob auch die Rechtsprechung in der bisherigen Anschauung verharrt.

Oberster Gesichtspunkt der Reform war nach Aussage zuständiger Gremien in der parlamentarischen Diskussion, die bisherige Rechtsprechung des BGH so zu fixieren, daß eine Nivellierung der Rechtsprechung der verschiedenen Instanzen ermöglicht werde. Es sollte sich jedoch bald zeigen, daß die angebliche "Vergesetzlichung" der Rechtsprechung des BGH diesen in arge Verlegenheit brachte und ihm verschiedene recht fragwürdige Wendungen abverlangte, um aus der nunmehr gegebenen Enge des Gesetzes zu billig erscheinenden Lösungen zu kommen.

Entsprechend seiner scheidungsfeindlichen Haltung hatte der Senat - wie bereits ausgeführt - auch für die sog. "Ostehen" Scheidungen abgelehnt, indem er den Widerspruch für beachtlich erklärte. Inkonsequent ließ er in zwei Fällen solcher Ehen die Scheidung jetzt durchgreifen. [2] Da sich der Kläger von seiner Frau ab-

---

1) Dies kann hier nur stichpunktartig geschehen, dazu sehr ausführlich Graehl, aaO S. 123 ff; Willmann, aaO S. 128 ff; Lauterbach, NJW 1969, 897 ff

2) BGHZ 36, 357; BGH NJW 1962, 1672, zust. Anm. dazu in LM Nr. 45 zu § 48 II v. Johannsen

gewandt und einer anderen zugewandt hatte, hätte der Widerspruch nach bisheriger Rechtsprechung eingreifen müssen. Nunmehr bewertete der BGH aber die durch äußere Umstände später eingetretene Verhinderung der ehelichen Gemeinschaft und führte aus: [1]

"Die unheilbare Zerrüttung einer Ehe, die zunächst von einem Ehegatten allein verschuldet worden ist, braucht in einem späteren Zeitpunkt nicht mehr als von diesem Ehegatten allein oder überwiegend verschuldet angesehen werden, wenn durch später eingetretene, schicksalsmäßig bedingte Umstände eine Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft ausgeschlossen erscheint."

Festzustellen ist hier: Der Widerspruch war beachtlich, eine Scheidung nicht möglich. Aber: Der BGH wollte eine Scheidung! Lösung: Die Zulässigkeit des Widerspruchs (zulässig, da Alleinverschulden des Ehemannes vorlag) wurde später verneint, weil durch die äußeren, schicksalsmäßig bedingten Umstände, die Schuld des Klägers nicht mehr Bedeutung habe. Unwillkürlich fragt man sich, wie einerseits auf einem "Wesen der Ehe" bestanden wird, andererseits aus irgendwelchen ("billigen") Gründen heraus, die eigenen Rechtsprechungsgrundsätze so aufgegeben werden können. Welchen Wert hat angesichts solcher Inkonsequenzen eine Argumentation mit dem Begriff "Wesen der Ehe"? Selbst Befürworter der Neufassung kritisierten diese Entscheidung. [2] Durch diese Lösung sei der schuldrechtliche Begriff der "überholenden Kausalität" ins Eherecht eingeführt, um verschuldete Ursachen der Zerrüttung durch Einführung objektiver Umstände nachträglich auszuschließen und zur Lösung einer Ehe zu gelangen. [3] Grund für diese Wandlung in der Frage der "Ostehen" ist der wohl immer länger werdende Zeitraum der Trennungen, der eine weitere Aufrechterhaltung der Ehen "sittlich nicht mehr gerechtfertigt" erscheinen läßt; [4] diese Begründung läßt aber eine Schei-

---

1) BGHZ 36, 357, bestätigt BGH NJW 1962, 1672 u. 1963, 156
2) Habscheid, FamRZ 1963, 10 ff
3) Graehl, aaO S. 124
4) BGH FamRZ 1961, 169; FamRZ 1961, 428 ff

dung nicht mehr zu, da die Fassung des § 48 II dies verhindert. [1]

In einer ähnlich gelagerten Entscheidung [2] stellte das Gericht darauf ab, daß der entscheidende Zeitpunkt für die Bewertung der Zerrüttung die letzte mündliche Verhandlung sei, d. h. Trennung und Verschulden wirken bis zu diesem Zeitpunkt hin. Das bedeutet aber auch, daß Zerrüttung und Schuld wechselnde Elemente sind, die sich erneuern können [3] oder wie Habscheid zutreffend sagte: Die unheilbare Zerrüttung der Ehe ist kein Chamäleon! [4] [5]

Ein weiteres Problem stellte die kumulative Voraussetzung der "Bindung an die Ehe" und der fehlenden "zumutbaren Bereitschaft" in der Neufassung dar. Die Folge des "und" bedeutete eine noch stärkere Verengung der Scheidungsmöglichkeiten. Es wurde schon ausgeführt, daß es einem Kläger regelmäßig schlechthin unmöglich sei, den Mangel der ehelichen Bindung und der Fortsetzungsbereitschaft zu beweisen. Um diese Schwierigkeiten zu mildern, hat es der BGH genügen lassen, daß nur eine der beiden Voraussetzungen vorliegen muß. Anstelle des Wortes "und" müsse

---

1) Habscheid, aaO; Bosch, FamRZ 1962, 182 (183)
2) NJW 1963, 1350
3) Graehl, aaO S. 125
4) Habscheid, aaO
5) Bereits das RG hatte vertreten, es sei bei der Frage der Beachtlichkeit des Widerspruchs darauf abzustellen, was überwiege, das Verschulden oder nicht vom Kläger verursachte Gründe der Zerrüttung, RGZ 159, 307. Später hatte der BGH im Rahmen der "Ostehen"-Fälle den Verschuldensbegriff so ausgedehnt, daß der Ehegatte auch unter schwierigsten Bedingungen seine eheliche Gesinnung erhalten müsse, was zur Aufrechterhaltung völlig inhaltsloser Ehen führte. Nunmehr kehrte er über den "Umweg" (Lauterbach) der Feststellung der Schuld nicht mehr zum Zeitpunkt der Vollendung der Zerrüttung sondern zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zu seiner alten Spruchpraxis zurück.

es im Gesetz "oder" heißen. [1] Diese "Auslegung" fand in der Wissenschaft Zustimmung. [2]

Nach der Regelung des Gesetzes (kumulatives Vorliegen beider Voraussetzungen) war es möglich, daß eine Ehe dann aufrecht zu erhalten war, wenn derjenige, der zwar keine Bindung mehr an die Ehe hat, trotzdem dazu bereit ist, die Ehe "äußerlich" fortzusetzen. Genauer: Der Widersprechende mußte nur eine der beiden Voraussetzungen erfüllen, um mit seinem Vorhaben durchzudringen. In so einem Falle bekam das Widerspruchsrecht absolute Wirkung, so daß auch eine völlig inhaltsleere Ehe aufrecht zu erhalten wäre, wenn der Beklagte es wünschen würde. Nach Ansicht von Dölle-Luther und Hoffman-Stephan, denen sich weitere zahlreiche Stimmen angeschlossen haben, könne diese Regelung nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. [3] So recht einleuchten vermag das nicht, hatte doch der BGH in den "Ostehen" genau dies praktiziert, nämlich Papierehen aufrecht erhalten.

Die Umwandlung des "und" in "oder" wurde mit folgender Überlegung begründet: In dem Fall, daß zwar keine Bindung mehr vorliege, derjenige aber die Ehe äußerlich fortsetzen möchte, wäre es doch denkbar, daß ihm dies beim schuldhaften Verhalten des Klägers gar nicht zuzumuten wäre. Da dies doch wohl nicht angehen könne, ihn dann an der Ehe festzuhalten, müsse es zu die-

---

1) BGH NJW 1962, 1294

2) Irrig Johannsen, FamRZ 1969, 361, daß diese Rechtsprechung keinen Widerspruch gefunden hat. Zust.: Soergel-Siebert-Donau, § 48 Rdn. 4; Hoffmann-Stephan, § 48 Rdn. 106; RGRK-Wüstenberg, § 48 Anm. 220; Erman-Ronke, § 48 Rdn. 37 alle mwN. Ronke räumt ein: "Der Austausch des "und" gegen ein "oder" läßt sich allerdings nicht mehr mit "Auslegung", sondern eher mit dem Vorliegen eines Redaktionsversehens rechtfertigen". Ähnlich Lauterbach, aaO S. 899 Anm. 34. Dem Gesetzestext folgend: Dunz, NJW 1961, 2137 und Dölle-Luther, S. 545 f

3) Dölle-Luther, aaO; Hoffmann-Stephan, aaO. So aber doch Scheld, FamRZ 1961, 332

ser alternativen Regelung kommen. Auch diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen, wie überhaupt schon zum Wort "zumutbar" oben bereits Bedenken vorgebracht worden sind: Entweder will der Beklagte trotz fehlender Bindung die Ehe dennoch fortsetzen oder nicht. Will er sie fortsetzen, dann wird die Frage danach, ob es ihm zumutbar ist, unerklärlich. Will der Beklagte die Ehe nicht fortsetzen, dann wird er auch keinen Widerspruch erheben. Zum anderen fragt sich, worauf sich die richterliche Feststellung gründet, dem Beklagten sei die Fortsetzung nicht zumutbar, wenn dieser dies aber tun möchte. In dieser Konstellation ist gesetzlich kein Raum für eine widersprechende richterliche Feststellung, zumal das Gegenteil wohl gar nicht beweisbar wäre.

Mag das Ergebnis des BGH zu billigen sein, so bleibt doch der Eindruck, daß hier die Judikative ihren Kompetenzbereich verlassen hat und über die Grenzen richterlicher Auslegung tritt, während die Wissenschaft aus ebenso verständlichen Gründen zu einer plausibelen Rechtfertigung dieser Veränderung des Gesetzestextes zu kommen versucht. Beides ist das Ergebnis einer verfehlten Ehegesetzgebung.

Es läßt sich ersehen, daß durch die Neufassung des Gesetzestextes die ohnehin sehr scheidungsfeindliche Einstellung des BGH noch übertroffen wurde und der Senat nunmehr versuchen mußte aus dieser Enge durch Auswege herauszukommen. Die starke Subjektivierung des Begriffs "Bindung an die Ehe" führte dazu, daß der Beklagte sich auf diese Argumentation zurückzog.

"Die Frage, ob der Beklagten die Bindung an die Ehe fehlt, ... kann nicht schon dann verneint werden, wenn dem Richter ein Festhalten des beklagten Ehegatten an der Ehe mit Rücksicht auf den unglücklichen Verlauf der Ehe und die Gestaltung der persönlichen Verhältnisse der Ehegatten während einer langjährigen Trennungszeit als sinnlos erscheint. Insoweit kommt es grundsätzlich allein auf die subjektive Auffassung des beklagten Ehegatten, d. h. darauf an, ob er einen von der Rechtsordnung nicht mißbilligten Sinn in dieser Ehe und in ihrem Fortbestehen sieht und ob er demgemäß der Überzeugung ist, daß sein Festhalten an

der Ehe der Verwirklichung eines in diesem Sinne der Ehe begründeten Wertes diene." 1) 2)

Ein echte Bindung begründender Beweggrund ist für den BGH in dieser Entscheidung z. B. das Wohl der Kinder oder die religiöse Überzeugung der Unauflöslichkeit der Ehe, nicht aber Haß, Rachsucht etc.

Völlig eindeutig ist die Folge solcher Rechtsprechung: Welcher Beklagte könnte sich nicht auf einen der oben genannten Beweggründe stützen oder einen solchen vortäuschen, wenn er keine Scheidung möchte. Die Ansicht des Richters ist danach unerheblich. Nur noch der "Ungeschickte" wird demnach mit seinem Vordringen nicht durchkommen (Graehl). 3)

Das Ergebnis der starken Subjektivierung des Absatz II durch die Begriffe "Bindung an die Ehe" und "zumutbare Bereitschaft die Ehe fortzusetzen" mußte dazu führen, daß die Entscheidung im Grunde bei den Anwälten liegt. 4) Der Rat, sich auf die Bereitschaft zur Fortsetzung und auf eine entsprechende Bindung zu berufen, ist praktisch nicht widerlegbar. Dazu ist auch vorgebracht worden, daß sich eine verfassungsrechtliche Kollision ergibt: Durch § 48 II n. F. sei es dem Kläger verwehrt in einem solchen Falle gem. Art. 2 I GG seine Persönlichkeit zu entfalten und eine neue Ehe eingehen zu können. Diesen Schutz der Ehe habe § 48 II gem. Art. 6 I GG nicht bewirken sollen. 5) Ganz zu Recht macht Müller-Freienfels darauf aufmerksam, 6) daß die

---

1) BGH NJW 1961, 1294
2) Bemerkenswert: BGH NJW 1965, 863: Bezüglich des Schuldvorwurfs kommt es nicht auf die subjektive Ansicht des Beklagten an: Hier sei nach "allgemeinen sittlichen Grundsätzen unter Berücksichtigung des Wesens der Ehe" zu urteilen.
3) Ausführlich zu solchen Fällen Graehl, aaO S. 127
4) Graehl, aaO S. 130
5) Palandt-Lauterbach, Anm. 4 zu § 48
6) Müller-Freienfels, aaO S. 164, zust. Gernhuber, Lehrbuch, 1. Aufl. S. 264

Folge dieser Neufassung die Einführung einer Trennung von Tisch und Bett bedeuten könnte.

b) Motive der Bindung an die Ehe

Bereits ausgeführt war, daß der BGH als Beweggründe zum Nachweis der vorgetragenen Bindung an die Ehe u. a. das Wohl gemeinsamer Kinder oder eine religiöse Überzeugung ansah. Nun soll an einigen Beispielen angeführt werden, wie fragwürdig diese Rechtsprechung ist:

Widersprüchlich verhält sich der BGH zur Bindung an die Ehe im Falle wirtschaftlicher Fragen. So heißt es einerseits: [1]

"Eine Bindung der beklagten Ehefrau an die Ehe kann auch dann bestehen, wenn sie nach mehr als 35jähriger Ehe vorwiegend aus Versorgungsgründen festhält ... Darin liegt noch keine negative Einstellung zu ihrer Ehe, vielmehr sind auch diese Vorstellungen und Überlegungen auf die Verwirklichung eines Zweckes gerichtet, der unter solchen Umständen noch vom sittlichen Wesen der Ehe mit umfaßt wird."

Sind diese wirtschaftlichen Gesichtspunkte sogar vom Wesen der Ehe umfaßt (ansonsten immer ein äußerst hehres, von allen irdischen und materiellen Regungen entferntes Ideal), so heißt es andererseits, daß der Widerspruch dann nicht begründet sei, wenn der Beklagte nur aus wirtschaftlichen Gründen festhalten wolle. [2]

So schreibt Johannsen in seiner Urteilsanmerkung zu der erstgenannten Entscheidung:

"Eine Bindung an die Ehe im Sinne der jetzt geltenden Fassung des § 48 II EheG kann auch dann bestehen, wenn der der Scheidung widersprechende Ehegatte auch oder sogar vorwiegend aus Versorgungsgründen an der Ehe festhalten will ... aber vielleicht nicht mehr angenommen werden, wenn allein das Streben nach einer

---

1) BGHZ 37, 386 ff = LM Nr. 49 zu § 48 II m. Anm. Johannsen
2) BGH LM Nr. 68 u. 76 zu § 48 II

möglichst guten Versorgung der Grund für den Widerspruch gegen die Scheidung ist ... Eine Bindung an die Ehe kann aber nicht angenommen werden, wenn für den Widerspruch nur materielle, dem Wesen der Ehe fremde Beweggründe maßgebend sind." 1)

Festgestellt war, daß das Vorbringen der "Bindung an die Ehe" so subjektiv ist, daß es sich einer Nachprüfung entzieht. Welche Möglichkeiten auf diesem schwankenden Boden soll es dann geben, festzustellen, ob wirtschaftliche Gründe "auch" oder sogar "vorwiegend" die Bindung begründen. Wann ist ein Streben "allein" nach wirtschaftlicher Versorgung nicht mehr mit dem Wesen der Ehe vereinbar oder konkreter: Wieviel nüchterner, wirtschaftlicher Sinn gehört auch noch zum Wesen der Ehe? Hier tut sich ein so glatter Boden auf, daß man besser andere Wege beschreiten sollte. In dem erstgenannten Urteil erscheint es, als ob der BGH sich von der persönlichen, tragischen Situation der Ehefrau habe leiten lassen. Da diese Frau in wirtschaftlich dürftigen Verhältnissen lebte, bereits 35 Jahre verheiratet war und einen Ehemann hatte, von dem sie wußte, daß sie nach einer Ehescheidung finanziell noch schlechter darstehen würde als bereits in der Ehe. In Anbetracht dieser Situation hat der BGH sicherlich den ausschließlichen Versorgungsgedanken der Frau in einen vorwiegenden umgedeutet, um ihr die Ehe zu erhalten. In dem anderen Urteil erscheint es, als ob der BGH eine Richtlinie für die Rechtsprechung geben wollte, daß ein Widerspruch nur aus materieller Sicht nicht maßgeblich ist.

Deutlich tritt bei diesen Fragen das Moment des "richterlichen Vorverständnisses" (Esser) auf. Gerade bei solchen Fällen und begünstigt durch so ungreifbare Begriffe wie "Bindung an die Ehe" und "Wesen der Ehe" greifen verstärkt außernormative und höchst subjektive Momente ein, die zu gegensätzlicher Rechtsprechung führen müssen.

---

1) Hervorhebungen nicht im Zitat

V. Kritische Zusammenfassung

Bedeutsam für die Entwicklung des Eherechts und die Eherechtsprechung in der Bundesrepublik ist die Stellung von Ehe und Familie in der Verfassung. Dabei wird von einer überlieferten Form einer naturgegebenen Ehe ausgegangen. Bestimmend für diese "schon immer" vorhandene Ehe ist die monogame Struktur, die Lebenslänglichkeit und die Lebensgemeinschaft der Ehegatten.

Aus der Untersuchung der Entwicklung in der Bundesrepublik lassen sich mehrere prägende Merkmale des Eheverständnisses erkennen.

Die ersten Jahre der Rechtsentwicklung sind gekennzeichnet von den Bemühungen zur Überwindung des Nationalsozialismus und brachten das Phänomen hervor, daß an die Stelle der nationalsozialistischen Anschauungen ohne weiteres wieder die bürgerlich-konservativen Ansichten von vor 1933 gesetzt wurden.

In diesen Jahren wurde versucht, den Nationalsozialismus durch Austausch der Werte des Dritten Reichs gegen solche aus davorliegenden Zeiten zu überwinden. Es wurde stillschweigend davon ausgegangen, daß nur die alten Wertvorstellungen an die Stelle derjenigen des Nationalsozialismus treten könnten und so wurden keine Versuche unternommen, durch Erneuerung alter Wertvorstellungen bekannter Bestimmungen einen wirklichen Neuanfang zu machen, der vor allem der völlig veränderten Situation angepaßt hätte sein können. Allerdings war in diesen Zeiten durch Verwendung aller zur Verfügung stehenden Kräfte zum Wiederaufbau und zur Konsolidierung gesellschaftlicher Strukturen wenig Zeit zum Überdenken dieser Fragen, so daß ein Zurückgreifen auf bekannte Werte sich geradezu anbot. Es bleibt aber die Frage, wo dann in den vergangenen Jahren diese doch angeblich immer gültigen Werte geblieben waren.

Die nach dem Neuanfang beginnende Entwicklung ist wie auch in den Jahrzehnten davor davon gekennzeichnet, nur mühsam gesellschaftliche Veränderungen wie die Rolle der Frau akzeptieren zu können und die Konsequenzen daraus zu ziehen. So bleibt auch die doppelte Moral im Verhältnis der Geschlechter zueinander erhalten.

Für die ersten zehn Jahre der Rechtsentwicklung war weiterhin der Fragenkreis der Gleichberechtigung von Mann und Frau prägend. Durch das Gleichberechtigungsgesetz wurde ein großer Schritt vorwärts gemacht auf dem Wege zu einem den realen Verhältnissen angepaßten Eherecht, so z. B. durch die Abschaffung des § 1354, der den Mann als entscheidendes Oberhaupt der Familie vorsah. Andererseits zeigen aber auch Neuregelungen wie das Namensrecht des § 1355, daß das Eheverständnis noch immer geformt ist von den überkommenen patriarchalischen Vorstellungen.

Eigenartig ist in diesem Zusammenhang die einerseits zunehmende gesetzliche Verwirklichung der Gleichberechtigung und die für die gesamte Entwicklung des Eheverständnisses in der Bundesrepublik kennzeichnende katholisch-naturrechtliche Eheauffassung andererseits, die, sich auf Altes und Neues Testament stützend, von einer patriarchalischen Soziallehre ausgeht. [1] Die Aussagen des BGH lassen immer wieder erkennen, daß für ihn das Verhältnis der Ehegatten zueinander mit der "Schöpfungsordnung" in Einklang stehen muß, [2] die aber eindeutig vom Patriarchat ausgeht. Die Rechtsprechung stützt sich auf die Kernpunkte der katholischen Ehelehre, wie das Unauflöslichkeitsdogma, die Zeugung von Nachwuchs und die Lebensgemeinschaft der Ehegatten. Mit dem Unlöslichkeitsprinzip stand der BGH sowohl im Gegensatz zur weltan-

---

1) Dazu näher Hattenhauer, aaO Rdn. 696 ff
2) BGHZ 11 Anhang S. 65

schaulichen Neutralität des Gesetzes als auch zum Scheidungsrecht des § 48 EheG. Losgelöst von den bevölkerungspolitischen Zielen des Nationalsozialismus kennzeichnet auch der BGH das Wesen der Ehe durch die Erzeugung von Kindern und zeigt nur wenig Bereitschaft auch kinderlosen Ehen die Anerkennung einer "vollwertigen" Ehe zu zollen.

Das Ehebild dieser Jahre ist unter dem Einfluß der konfessionellen Ehelehre geprägt von einer Idealvorstellung, die an die Parteien nicht erfüllbare Ansprüche stellt und die tatsächlichen Lebensverhältnisse negiert. Die Folge dieser Auffassung ist das kennzeichnende Merkmal der Rechtsprechung durch eine erhebliche Verständnislosigkeit für die verschiedensten Formen gescheiterter Ehen, hier sei nur an die sog. Ostehen erinnert.

Die Entwicklung des Scheidungsrechts zeigt durch die große Scheidungsfeindlichkeit des BGH ganz deutlich die Folgen solcher Einstellung auf: Durch die strengen Anforderungen an die Ehegatten und die gerichtliche Scheidungsunwilligkeiten wurden Formalehen erhalten und das unverheiratete Zusammenleben gefördert. Die Eherechtsprechung brachte dadurch eigentlich genau das Gegenteil von dem hervor, was ihr Anliegen war, nämlich gesunde Eheverhältnisse im christlichen Sinne.

Die Aussagen des Gerichts sind bestimmt von einer Vielzahl von Generalklauseln, die dazu herangezogen wurden, den Begriff "Wesen der Ehe" mit Inhalt auszufüllen. In dem Bemühen, seiner Eheauffassung Geltung zu verschaffen, und durch die Unbestimmtheit der Generalklauseln war es unvermeidlich, daß ein weiteres Merkmal der BGH-Rechtsprechung die vielen Widersprüche in seinen Entscheidungen sind. Immer wieder zeigen gegensätzliche Urteile, daß sich das Wesen der Ehe nicht nur in großen Zeitabschnitten verändern kann, sondern auch in kürzester Zeit, je nach dem gewünschten Ergebnis.

Abschließend läßt sich die Entwicklung des Eheverständnisses in der Bundesrepublik so zusammenfassen, daß sie einerseits gekennzeichnet ist durch eine sich ständig vertiefende Kluft zwischen dem Anspruch der Rechtsinstanzen und den realen Lebensverhältnissen und andererseits durch den Austausch des nationalsozialistischen Inhalts des Begriffs Wesen der Ehe gegen die katholisch-naturrechtliche Eheauffassung.

Zusammenfassung

Wurden bereits einige Abschnitte und alle sechs Teile der Arbeit mit einer Zusammenfassung abgeschlossen, so soll an dieser Stelle eine abschließende Betrachtung der gefundenen Ergebnisse diese in einen Zusammenhang stellen und zu einigen Feststellungen und Bemerkungen Gelegenheit geben.

1. Die Geschichte des Wesens der Ehe ist eine der Extreme. Dies gilt in mehrfacher Hinsicht. Sowohl in Relation zueinander als auch in einer allgemeinen Betrachtung beziehen die in den verschiedenen Verfassungsepochen gemachten Aussagen extreme Postionen: Die Eheauffassungen des Kaiserreichs und der Weimarer Republik stehen für eine starre und konservative Haltung, der Nationalsozialismus vertrat eine extrem menschen- und rassenfeindliche Politik und auch die Rechtsprechung des BGH bezog mit dem Dogma der katholischen Ehelehre eine Position, die zu einer Polarisierung der Anschauungen führen mußte.

Extrem erscheinen aber auch viele Einzelentscheidungen, die in den verschiedenen Verfassungsepochen getroffen wurden: Hier sei die Moralauffassung der Weimarer Zeit genannt, die Scheidungspraxis zu § 55 EheG 38 während des Dritten Reichs und für

die Jahre der Rechtsprechung des BGH die weltfremde Haltung bei der Aufrechterhaltung der Ostehen.

Schließlich sei hier noch als letztes Beispiel für Extreme die Rolle der Generalklauseln genannt, die besonders im Eherecht ihre Fragwürdigkeit und Gefährlichkeit durch einen Mißbrauch ihrer Möglichkeiten aufzeigten.

Allen genannten Erscheinungen ist gemeinsam, daß sie geprägt sind von Kompromißlosigkeit, einer Haltung des "Hier - und nicht weiter", der Anmaßung, die allein richtige Antwort zu geben und jede andere Meinung als schlechthin unvereinbar abzulehnen.

Damit ist zugleich eine weitere Feststellung angesprochen: Die Geschichte des Wesens der Ehe ist zugleich die der Intoleranz. Sie zeichnet sich dadurch aus, daß keine andere Ansicht zur Ehe geduldet wurde als die herkömmliche, erst recht nicht in Fragen der Moral. Besonders sei hier der Nationalsozialismus genannt, der wie alle autoritären Systeme überhaupt keine andere Meinung zuließ. Aber auch die vom BGH vertretene Ehelehre läßt andere Ansichten zu Fragen von Ehe und Moral nicht zu.

So greifen die Extreme und die Intoleranz als Merkmale der Ehegeschichte der vergangenen Jahrzehnte ineinander über.

2. Faßt man die in den einzelnen Teilen der Arbeit dargestellte Veränderung des Wesens der Ehe zusammen, so läßt sich eine ständige, zwar unterbrochene aber doch schließlich nicht aufhaltbare Entwicklung beobachten, die von den dauernden Versuchen gekennzeichnet ist, sie aufzuhalten.

Die Ehebilder der Verfasser des BGB und des Kaiserreichs waren die gleichen: Vorherrschend war das Patriarchat, naturgegeben und von ewiger Gültigkeit prägte es die Stellung der Frau in der Gesellschaft, u. z. nicht nur ihre bisherige Situation, sondern vor allem auch die sich anbahnenden Veränderungen. Frag-

lich ist es, ob die gesellschaftlichen Veränderungen und die sich dadurch wandelnde Stellung der Frau nicht begriffen wurde, [1] oder ob sie erkannt, zumindest geahnt, wurden, aber die in sich ruhenden Kräfte dieser Zeit sie einfach negierten. Schon 1919 sagte Hedemann, daß das BGB um zwei oder drei Jahrzehnte zu früh erschienen sei und so nicht mehr das erfaßte, was im Werden war. [2] Das patriarchalische Verständnis war in dieser Zeit so übermächtig, daß Marianne Weber 1907 sagen konnte, daß das Ideal der politischen und sozialen Freiheit und die Entwicklung zur freien Persönlichkeit nur für den Mann gälte, denn die Frau sei durch Tradition und den Willen des Mannes gebunden. [3] Die Zeit der Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Kaiserreichs wurde getragen von einem Verfassungsgefüge und von dem Gesellschaftsbild der gehobenen bürgerlichen Mittelschicht. Allen Neuerungstendenzen wurde nur schrankenloser Subjektivismus und liberale Laxheit vorgeworfen, wie überhaupt die Entwicklung des Familienrechts sich unter der permanenten Anklage vollzieht, die Gesetze von Natur und Moral zu verletzen. [4]

Während der Weimarer Republik beginnt sich deutlich eine Wandlung abzuzeichnen. Die herkömmliche Eheauffassung wird nicht mehr unwidersprochen gelassen und zeigt deutliche Spuren mangelnder Allgemeinverbreitung.

Zwei besondere Merkmale lassen sich für diese Zeit nennen. Es gibt in der Rechtswissenschaft eine deutlich zutage getretene Diskrepanz der Anschauungen der führenden Rechtswissenschaftler und der des juristischen Nachwuchses. Vertraten die einen noch immer die Auffassungen der vergangenen Verfassungsepoche, so wandten sich die jüngeren den gesellschaftlichen Wandlungen

---

1) So Kühn, Diss., S. 147
2) Hedemann, Neue Zeit S. 8
3) Weber, Rechtsentwicklung S. 503
4) Simitis, Situation des Familienrechts S. 21

offen zu. Deutlich zeigt sich aber auch noch eine weitere Diskrepanz, nämlich die zwischen der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung als bewahrende Kraft einerseits und der Legislative als der fortschrittlichen andererseits, wie die Untersuchung der parlamentarischen Diskussion ergab.

Zunehmend wurde in dieser Zeit die veränderte Rolle der Frau akzeptiert und mehr Gleichberechtigung gefordert. Auch die Ehe selbst wurde nicht mehr als Einrichtung angesehen, die nur der objektiven Bewertung als gesellschaftliches Phänomen unterlag. Der subjektiven Einstellung der Ehegatten zu ihrer Ehe sollte mehr Bedeutung beigemessen werden.

Die staatliche und gesellschaftliche Grundlage hatte sich gewandelt. Durch den Krieg war nicht nur das Bürgertum als gesellschaftlicher Stabilisationsfaktor verschwunden, sondern durch die neue Staatsform und Verfassung war ein neues Gefüge entstanden, das sich nicht so recht verfestigen konnte.

Die Entwicklung wurde 1933 jäh durch den Machtantritt des Nationalsozialismus unterbrochen. Wie auf vielen Gebieten, so ist diese Zeit nicht mit anderen vergleichbar, sondern ist nur einer besonderen Betrachtung zugänglich. Diese Jahre sind geprägt von einer Rückkehr zu dem althergebrachten patriarchalischen System, verbunden mit den speziellen bevölkerungspolitischen, rassenpolitischen und überindividuellen Zielen des Nationalsozialismus. Das in dieser Zeit eingeführte neue Eherecht war die grundsätzliche kontinuierliche Fortsetzung der Vorarbeiten der zwanziger Jahre. So gab es auch während des Nationalsozialismus in den Jahren der Vorarbeiten zum neuen Eherecht den Dualismus von Konservativen, die eine Erweiterung des Scheidungsrechts nur als der Auflösung und Scheidung weiterer Ehen dienlich ansahen, und den fortschrittlichen Kräften, die nicht die Institution in Frage stellten, sondern ehrliche Scheidungsmöglichkeiten bieten woll-

ten. [1] Es ist aber auch andererseits zu sagen, daß die Regeln des Eherechts in besonderem Maße einer nationalsozialistischen Interpretation zugänglich, und zur Durchsetzung nationalsozialistischer Ziele geeignet, vielleicht sogar bestimmt waren. [2] Bei aller Fortschrittlichkeit des Gesetzes und unabhängig davon, wie man zu seiner nationalsozialistischen Bestimmtheit stehen mag, so ist im Laufe der Zeit durch die Interpretation der Gerichte alles Positive des Gesetzes untergegangen. [3] Stellt sich die Zeit des Nationalsozialismus als eine nur einer besonderen Betrachtung zugängliche Epoche dar, so ist doch Fritz von Hippel darin zu folgen, daß es Perversionen von Rechtsordnungen seit jeher gegeben hat, und nicht nur als überraschende Erscheinung irgendwelcher Sonderzeiten. [4]

Auch die ersten Jahre des Übergangs nach dem zweiten Weltkrieg stellen eine Unterbrechung in der Entwicklung des Eherechts dar. Im tatsächlichen Leben jedoch wurde die Frau durch ihren Einsatz an der Überwindung der Kriegsnot und am Wiederaufbau des Staates zu einem tragenden Element der Gesellschaft. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zeigte erneut, daß sich die Geschichte häufig in gegenläufigen Perioden weiterentwickelt. Nach der extremen Scheidungsfreundlichkeit des Nationalsozialismus war die Gegenreaktion eine streng bewahrende Auffassung.

Mit dem Beginn der Bundesrepublik und der Rechtsprechung des BGH beginnt die Entwicklung wieder voranzuschreiten.

Während die Legislative vor allem durch das Grundgesetz und das Gleichberechtigungsgesetz dazu beitrug, verharrte die

---

1) Kühn, aaO S. 105 ff
2) Daut, Diss., S. 242. Das betrifft das Problem der Generalklauseln im Nationalsozialismus, worauf noch eingegangen wird.
3) Kirchheimer, KJ 1971, 356 (362)
4) F. v. Hippel, Perversion S. 178

Rechtsprechung dahingegen in einer starren und bewahrenden Haltung, die sie den Veränderungen entgegenzusetzen versuchte. Dadurch wurde aber die Entwicklung nicht aufgehalten, sondern vielleicht eher nur vorangetrieben, denn durch die Kluft zwischen Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit, die diese Rechtsprechung nur vertiefte, wurde die Notwendigkeit anderer Rechtsgrundlagen erst deutlich. [1] Grundlage für die verschiedenen neuen familienrechtlichen Gesetze war die neue Verfassung der Bundesrepublik, in der die Ehe eine besondere grundrechtlich geschützte Stellung einnimmt. [2]

Ein Ausblick auf die Veränderungen durch das 1. EheRG zeigt, daß die Entwicklung schließlich weiter voranging und zu einer Anerkennung der Frau als gleich- und vollwertiges Mitglied der Gesellschaft führen mußte. Bei aller Kritik, die gegen das neue Eherecht vorgebracht wird und die hier nicht erörtert werden kann, ist doch festzustellen, daß die Grundlage für eine wirkliche Partnerschaft zumindest vom Gesetz her gegeben ist. [3] 1958 sagte

---

1) Nach Mestwerdt, Diss., S. 80 war bereits in den 90er Jahren des vorigen Jahrhunderts darauf aufmerksam gemacht worden, daß das Patriarchat als Grundordnung nicht ins Eherecht des BGB mehr passe und die Hausfrauenehe für weite Kreise der Bevölkerung nicht mehr zutreffe. Bereits in den ersten zwanzig Jahren der Geltung des BGB trat ein kaum voraussehbare Kluft zwischen Ehewirklichkeit und Eherecht auf.

2) Das Deutsche Kaiserreich von 1871 sah die Ehe in der Verfassung nicht vor, die Weimarer Republik ordnete sie unter die Grundrechte ein, ohne ihr besondere Bedeutung beizumessen. Erst im Grundgesetz erhalten Ehe und Familie eine besondere Rangstellung. Ehe und Familie sind überhaupt erst spät in grundrechtlich geschützte Bereiche vorgedrungen. Die klassischen bürgerlichen Verfassungen des 18. und 19. Jahrhunderts sahen eine Gewährleistung iSd Art. 6 GG nicht vor. Erst Ende des 19. Jahrhunderts sind erste Anfänge festzustellen, dazu Scheffler, Ehe und Familie S. 247; D. Schwab, Ehe und Familie S. 893

3) Die soziologischen Grundlagen dafür und die Umstrukturierung der Familien zur heutigen Form prägnant mit zahlr. Hinweisen bei Niethammer, Diss., S. 15 ff; dazu auch Scheffler, aaO S. 258

Niethammer dazu, daß die Umwandlung von der Bauernfamilie über die patriarchalische Familie zur modernen Familie (Gefährtenfamilie, Family of Companionship) noch nicht abgeschlossen sei, daß die Familie auf dem Wege zur Gefährtenfamilie sei. [1] Dies hat auch sicherlich noch heute Gültigkeit.

3. Durchgesetzt wurden die jeweiligen Ansichten durch die Generalklausel "Wesen der Ehe". Die Verwendung dieses Begriffs als Argument erweckt den Eindruck, es handle sich um eine zeitlos gültige Erscheinung, die gar nicht in Frage zu stellen sei. Ehe und Familie sind Begriffe, die argumentativ verwandt werden, als ob über sie nicht weiter gesprochen zu werden braucht. Man stützt sich dabei auf ihre breite Selbstverständlichkeit.

"Je prononcierter freilich die Abstraktion, desto unvermeidlicher der Eindruck, als stünde eine gleichsam zeitlose Erscheinung zur Debatte." 2)

Von den einen werden die Generalklauseln als inhaltslos bezeichnet, als "pseudonormative Leerformeln", die "mit allen oder fast allen konkreten Verhaltensformen oder Verhaltensregeln vereinbar" wären, [3] von den anderen als wirksames und wichtiges Mittel der Entscheidungsgewinnung akzeptiert; [4] so verbirgt sich hinter ihnen die jeweilige Intention des Anwendenden. Dieser Art deckte das Wesen der Ehe früher die patriarchalische Eheauffassung, im Nationalsozialismus die rassenideologischen Ansichten und in den fünfziger und sechziger Jahren das religiöse Eheverständnis.

---

1) Niethammer, aaO S. 23
2) Simitis, aaO S. 16
3) Topitsch, Logik S. 28. Nach Teubner, Standards und Direktiven S. 115 ist es verfehlt die Frage nach dem Wesen der Generalklauseln zu stellen. Sie sind Leerformeln rein instrumentalen Charakters, deren Funktion sich nur in der jeweiligen historischen Situation bestimmen lassen.
4) Sambuc, Folgenerwägungen S. 138 These 3

Eng verknüpft mit dem Begriff Wesen der Ehe ist der ständige Rekurs auf die "sittliche Ordnung", auf das "sittliche Wesen", die "sittlichen Pflichten". Diese weiteren Begriffe nehmen einen so dominierenden Raum ein, wie Streck feststellt, [1] daß sie die juristische Kontrolle der betreffenden Norm zu versperren scheinen. Die Verwendung des Begriffs "sittlich" zeigt ein typisches Phänomen der Generalklauseln: Zu ihrer näheren Ausführung bedarf es außernormativer Werte, so daß versucht wird, eine Generalklausel durch eine andere zu erklären, also das "Wesen der Ehe" durch "sittlich". Schließlich zeigt sich, daß die Rechtsprechung wiederum diesen Begriff "sittlich" durch neue wertausfüllungsbedürftige Begriffe auszulegen versucht, so z. B. "tief verwurzelte Lebensgemeinschaft", "sinn- und sittenwidriger Zustand" etc.

Die Erklärung für diese Erscheinung ist denkbar einfach. Eine Generalklausel ist ein wertausfüllungsbedürftiger Begriff von großer Weite, dessen Auslegung und Präzisierung ohne außernormative Wertungen nicht auskommen kann. Entsprechend dieser Struktur eröffnen außernormative Wertungen wieder den Zugang zu unbestimmten und auslegungsbedürftigen Begriffen, so daß eine sich ständig verlängernde Kette entsteht.

Die Anwendung familienrechtlicher Normen ist durch die Tendenz gekennzeichnet, rechtliche Regelungen als Instrumentarium zwingender moralischer Ordnungen auszugeben. [2] Dies ist der Auslegung in allen Verfassungsepochen gemeinsam. Hinter der Barriere der sittlichen Ordnung verbirgt sich die Vorstellung von einer Eheform, die als einzig tolerable angesehen wird. [3] Die Darstellung der Entwicklung hat aber gezeigt, daß die Auffassung

---

1) Streck, Diss., S. 33
2) Simitis, aaO S. 18
3) Simitis, aaO S. 20

jeder Epoche - trotz des Anspruchs ständiger Gültigkeit - sich wandelte und spätestens das Eheverständnis des Nationalsozialismus hat offenbart, daß es ein überheblicher und anmaßender Anspruch ist, mit der Verwendung des Begriffs "Wesen der Ehe" ausdrücken zu wollen, d a s Wesen der Ehe zu kennen, denn die jeweilige Eheauffassung ist wie alles andere abhängig von der Zeit und der gesellschaftlichen Situation. Die Untersuchung hat sogar bewiesen, daß Eheauffassungen sehr wandlungs- und anpassungsfähig sind. Es darf nicht vergessen werden, daß es zur Zeit des Nationalsozialismus sittenwidrige Gesetze gegeben hat, die formal richtig zustande gekommen sind, daß der Untergang des Reichs schließlich auf legalem Wege vorbereitet worden war! [1)]

4. Es sollen noch drei weitere Merkmale genannt werden, die allen Verfassungsepochen gemeinsam sind.

Zunächst die allgemeine Diskrepanz zwischen Gesetzestext und Auslegung. Zwischen der tatsächlichen Norm und dem was durch die Unbestimmtheit des Kryptoarguments Wesen der Ehe erreicht wurde, öffnete sich eine tiefe Kluft. Die überwiegende Absicht, hinter dem Wesen der Ehe tradierte Strukturen erhalten zu wollen, entfernte die Auslegung immer mehr von Text und Intention des Gesetzes.

Weiterhin sind alle untersuchten Zeiten geprägt von dem Phänomen, daß der Begriff nicht hinterfragt wird. Unter Auslassung jeden Bezugs auf andere Disziplinen wird einfach die jeweilige Eheansicht eingesetzt, die es zu erhalten oder durchzusetzen gilt. Schwab macht darauf aufmerksam, daß z. B. bei den Beratungen im Verfassungsausschuß zur Weimarer Reichsverfassung,

"die Aufnahme von Ehe und Familie in den Grundrechtskatalog weder eine spezifisch politische Begründung erhielt noch von einer

---

1) Hattenhauer, Hierarchie u. Demokratie Rdn. 696

bestimmten sozialen oder kulturellen Deutung dieser Institution her abgelehnt wurde. Gestritten wurde lediglich über die Tragweite, nicht über den politischen Grund dieses Artikels." 1) Die augenscheinliche Evidenz dessen, was Ehe und Familie sei, ließ es dabei bewenden, Ehe und Familie als vorgegebene Größen zu betrachten, und sich mit feststehenden familienkonservativen Formeln zu begnügen. 2)

Schließlich ist allen vertretenen Ansichten zur Ehe gemeinsam, daß sie von zu hohen und idealistischen Ansprüchen an die Beteiligten ausgehen. Verlangte der Nationalsozialismus von dem einzelnen ein Höchstmaß von geradezu altruistischem Gemeinsinn, so forderte der BGH eine im Einklang mit der Schöpfungslehre stehende idealisierte Zweisamkeit der Ehegatten. Hier besteht eine enge Verbindung zu der bereits angesprochenen Kluft zwischen Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Zum einen entspricht der Idealtyp der Ehe, der bisher im Eherecht stand, nicht mehr der Form der wirklichen Ehe. Diese zu definieren ist weitaus schwerer und differenzierter geworden als früher, wie Kühn zutreffend feststellt. 3) Vor allem aber, so betont Kühn, fehlt heute eine gesamtgesellschaftliche Basis, die einen traditionellen, streng institutionellen Ehebegriff noch rechtfertigen könnte. 4) Eine solche Basis gab es vielleicht um die Jahrhundertwende, für die heutige Zeit fehlt sie in starkem Maße. Es lassen sich im neuen Eherecht durch die Normierung der partnerschaftlichen Ehe Ansätze dazu erkennen, einen größeren individuellen Gestaltungsrahmen der betreffenden Ehe zu geben, der freilich auf dem Konsens der Beteiligten beruhen muß.

---

1) D. Schwab, aaO S. 896 f
2) D. Schwab, aaO S. 897
3) Kühn, aaO S. 237
4) Kühn, aaO

5. Die schnelle Wandlungs- und Anpassungsfähigkeit, der Eheauffassungen unterliegen können, macht sie besonders für staatspolitische Ziele zugänglich, sie sind als Lenkungsinstrumente für bestimmte gesellschaftspolitische Absichten verwendbar. Zur Weimarer Zeit wurde eine streng konservative Haltung als Gegenreaktion auf die "liberalen Tendenzen" und den "Subjektivismus" eingenommen, sozusagen als Bremsmittel gegen gesellschaftliche Veränderungen. Der Nationalsozialismus versuchte seine Rassenpolitik u. a. durch die Förderung oder Auflösung von Ehen zu erreichen und der BGH wollte durch Vertreten der scheidungsfeindlichen Haltung eine konsolidierende Wirkung auf das Eherecht ausüben, zumal nach den Wirren des zweiten Weltkriegs erst wieder eine allgemeine gesellschaftliche Stabilisierung eintreten mußte.

Weiterhin muß man sich auch noch vergegenwärtigen, daß die soziale Wandlungsfähigkeit des Rechts und damit auch der Eherechtsnormen abhängig ist von parlamentarischen Mehrheiten. Wenn nicht die demokratischen Bedingungen gegeben sind, kann sich zumindest in legislativer Hinsicht nichts verändern. Hier sei das zehnjährige Tauziehen um eine Reform des Eherechts während der Weimarer Republik genannt und ihr Scheitern an dem Widerstand der Zentrumspartei. Umgekehrt kann aber auch eine politische Mehrheit Einfluß auf das Recht nehmen und aus rein politischen Opportunitätsgründen eine rückläufige oder hemmende Entwicklung erreichen, wie es z. B. die Veränderung des § 48 EheG durch das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 darstellte.

6. In der Einleitung war die Frage gestellt worden, ob die verschiedenen Aussagen auch wirklich für jeweils verschiedene Eheauffassungen stehen oder ob nicht allen Ansichten eine bestimmte Grundstruktur zugrunde liegt. Weiter wurde gefragt, wie es zu so unterschiedlichen Aussagen kommen konnte.

Bei genauer Betrachtung ist festzustellen, daß alle genannten Eheauffassungen auf ein übergeordnetes Grundmuster zurückzuführen sind, sich alle auf die schon näher bezeichneten "vorgegebenen" Strukturmerkmale stützen. Lebenslänglichkeit, Lebensgemeinschaft und Monogamie sind die drei "natürlichen" Elemente aller Eheauffassungen gewesen. Hierbei muß aber grundlegend differenziert werden: Lebenslänglichkeit und Unauflöslichkeit der Ehe sind zwei verschiedene Maximen.

Zugestimmt werden muß, daß die Ehe bisher und auch weiterhin auf eine lebenslängliche Gemeinschaft ausgerichtet ist. Bei aller Kritik gegenüber der Form der Ehe als Lebensgemeinschaft, wird von den Heiratenden gehofft und erwartet, daß der Bund bis zum Tode halten werde. Es ist aber ein Irrtum zu vertreten, die Ehe sei deshalb unauflöslich! Dieses Dogma ist Sache der katholischen Kirche und damit eine Angelegenheit religiöser Kreise. Rein rechtlich und wohl auch in der Auffassung der Bevölkerung ist die Ehe nicht unauflöslich, das Instrument der Scheidung ist allgemein anerkannt und akzeptiert. Die Ehe ist seit jeher (wenn auch unter sich verändernden Kautelen) auflösbar und die Geschichte der Ehe ist - frei nach Martin Wolff - die ihrer Auflösung. Das Scheidungsrecht zeigt exemplarisch, daß im weiten Überblick und in der tatsächlichen Handhabung die Scheidung einer Ehe ständig leichter wurde und ein Maximum durch das neue Eherecht erreicht wurde. Wer sich nicht scheiden läßt, sondern nur trennt, zeigt schon damit de facto wie auflösbar die Ehe ist, denn getrennt erfüllen die Ehegatten das weitere Element der Lebensgemeinschaft auch nicht mehr. Bereits eine solche Ehe ist aufgelöst.

Deutlich zeigt auch die Formulierung des 1. EheRG, daß durch das Wort lebenslänglich (nicht unauflöslich!) zwar an die Lebenslänglichkeit der Ehe, nicht aber an ihre Unauflöslichkeit gedacht worden ist.

7. Wird also von der allgemein akzeptierten Struktur der Ehe ausgegangen, so fragt sich, wie es zu solch unterschiedlichen Aussagen kommen konnte. Ursächlich ist die Abhängigkeit der näheren Ausgestaltung der Ehe durch die Zeitströmungen. So waren verharrende, stabilisierende, rassistische und religiöse Momente bei der Auslegung des Eherechts Grund für die verschiedenen Aussagen. Möglich war das vor allem durch die Generalklauseln, hinter denen sich, aufbauend auf der vorgegebenen Struktur, die jeweiligen Anschauungen und Ziele verbergen können. Auf diese Weise wird die Ehe zum gesellschaftspolitischen Lenkungsinstrument und führt zu unterschiedlichen Aussagen einer im Kern konstanten Einrichtung. Die wirklichen Grundfesten der Ehe waren nicht angetastet worden.

8. Schließlich sei am Ende dieser Arbeit noch kurz darauf eingegangen, daß das neue Eherecht den Begriff Wesen der Ehe gänzlich vermeidet. Auch ein Blick in die zum Inkrafttreten des neuen Rechts erscheinende kommentierende Literatur zeigt, daß der Begriff Wesen der Ehe tunlichst vermieden wird. [1] Zufall oder Absicht?

Die dargestellte Geschichte des Wesens der Ehe läßt den Schluß zu, daß es sich hierbei um den Abschluß einer Entwicklung handelt und zugleich um das notwendige Produkt der Zeit. Die Geschichte hat gezeigt, daß der Rekurs auf das Wesen der Ehe oder gar auf das sittliche Wesen häufig die Begründung ersetzte und daß sich auch unlautere Ansichten damit durchsetzen lassen. Man ist heute auch über die Gefahren und Grenzen der Generalklausel informiert und schließlich haben die evidenten Schwierigkeiten, ein Leitbild der Ehe aus einem vorgegebenen anerkannten Wertsystem abzuleiten, zu einer "gewissen Ernüch-

---

1) Rolland, Kommentar S. 80 ff; Kissel, Kommentar S. 18 ff

terung" geführt. [1] Es besteht mittlerweile ein weit verbreiteter Konsens darüber, daß es für unsere Gesellschaftsform nicht d a s Wesen der Ehe geben kann. Der Verzicht auf den Begriff ist die Notwendigkeit, einer Gesellschaft gerecht zu werden, der heute eine Gesamtbasis fehlt und die sich zusehends zersplittert.

Den Bezug auf das Wesen der Ehe wird es weiterhin geben, er ist unvermeidlich, aber er wird mit der notwendigen Distanz und Kritik stattfinden, in dem Bewußtsein, daß es d a s Wesen der Ehe nicht gibt, sondern damit nur das gemeint ist, was sich aus tausend Einzelheiten zu der Auffassung des Betreffenden verdichtet hat.

1) Rolland, aaO S. 83

Lebenslauf

Ich wurde am 30. August 1949 in Rehovot/Israel als einziges Kind des Arztes Dr. med. Leo Gordon und seiner Frau Irma geb. Schweitzer geboren.

Im Jahre 1955 kehrten meine Eltern nach Deutschland zurück, 1956 wurde ich in Berlin eingeschult, 1966 erlangte ich die Mittlere Reife und legte 1969 die Reifeprüfung ab.

Mit dem Wintersemester 1969/70 begann ich an der Freien Universität Berlin mit dem Studium der Fächer Geschichte, Politologie und Anglistik, wechselte jedoch 1970 zum Studium der Rechtswissenschaft.

Im Sommersemester 1971 setzte ich an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen das Studium drei Semester lang fort und wechselte zum Wintersemester 1972/73 an die Westfälische-Wilhelms-Universität Münster.

Am 13. Dezember 1975 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab.

Seit Februar 1978 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst für die große juristische Staatsprüfung im Kammergerichtsbezirk Berlin.

D.M. DISSERTATIONSDRUCK · Lützowstraße 102-104 · 1000 Berlin 30 · ☎ 030/2 62 40 77